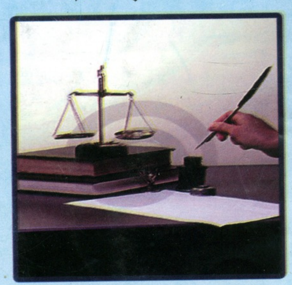
حق التملك الجبرى

دراسة مقارنة
بين الفقه الإسلامى والقانون الوضعى

الكتاب الأول



دكتور

عطية فتحى الفقى

دكتوراه فى الفقه المقارن
كلية الشريعة والقانون
جامعة الأزهر

دار الكتب القانونية
مصر



دار شتات للنشر والبرمجيات
مصر

حق التملك الجبرى

دراسة مقارنة
بين الفقه الإسلامى والقانون الوضعى

الكتاب الأول

دكتور

عطية فتحى الفقى

دكتوراه فى الفقه المقارن
كلية الشريعة والقانون
جامعة الأزهر

دار الكتب القانونية
مصر

دار شتات للنشر والبرمجيات
مصر

جَمِيعُ الحُقُوقِ مَحْفُوظَةٌ

اسم الكتاب
حق التملك الجبرى
دراسة مقارنة
بين الفقه الإسلامى والقانون الوضعى

دكتور
عطية فتحى الفقى
دكتوراه فى الفقه المقارن
كلية الشريعة والقانون
جامعة الأزهر

سنة النشر
2011
رقم الإيداع
21989
الترقيم الدولى I.S.B.N
978 – 977 – 386 – 364 – 1



دار الكتب القانونية

الفرع الرئيسى :
مصر - المحلة الكبرى - السبع بنات 24 شارع عدلى يكن
ت : 0020402224682 فاكس : 0020402220395
محمول : 0020123161984 0020105020737

الفروع :
القاهرة - 38 شارع عبد الخالق ثروت - الدور الثالث
ت : 0020223958860 فاكس : 0020223911044
محمول : 0020103474690 0020122212067

المطابع :
مصر - المحلة الكبرى - السبع بنات 24 شارع عدلى يكن
ت . 0020402227367 فاكس : 0020402220395

Website : www.darshatat.com
E-Mail : info@ darshatat.com

بسم الله الرحمن الرحيم

﴿ سُبْحَانَكَ لَا عِلْمَ لَنَا إِلَّا مَا عَلَّمْتَنَا

إِنَّكَ أَنْتَ الْعَلِيمُ الْحَكِيمُ ﴾

صدق الله العظيم

" سورة البقرة – جزء من آية (32) "

الإهـــداء

• إلى صاحب الخلق العظيم الذى أرسله ربه رحمة للعالمين، فأخرج الناس من الظلمات إلى النور – إلى رسول الله – **مُحمد** – صلى الله عليه وسلم .

• إلى من أمرت أن أخفض لهما جناح الذل :

والدتي : أطال الله بقاءها ومتعها بالصحة والعافية .

وجزاها عنى خير الجزاء وجعلني من صالح عملها .

والدى : طيب الله ثراه وبوأه منازل رضاه وجعل الجنة مثواه .. " **آمين** "

• إلى من جعل الله بينى وبينها سكنا ومودة ورحمة .

• إلى ثمرة الفؤاد وقرة العين وفلذة الكبد [**فتحى** – **محمد** – **أحمد**] .

• إلى أساتذتي وشيوخي وإخواني وكل من قدم لى يد العون والمساعدة .

• إلى كل من رضى بالله ربا وبالإسلام دينا وبمحمد – صلى الله عليه وسلم – نبيا ورسولا .

• إلى كل من يهمه صلاح المجتمع ويعمل على تطبيق شرع الله من حاكم ومحكوم .

المؤلف

شكر وتقدير

﴿ رَبِّ أَوْزِعْنِي أَنْ أَشْكُرَ نِعْمَتَكَ الَّتِي أَنْعَمْتَ عَلَيَّ وَعَلَى وَالِدَيَّ وَأَنْ أَعْمَلَ صَالِحًا تَرْضَاهُ وَأَدْخِلْنِي بِرَحْمَتِكَ فِي عِبَادِكَ الصَّالِحِينَ ﴾

"سورة النمل آية 19 "

بعد شكر ربى عز وجل على ما أنعم به علي وعلى ما أحاطني به من عناية أتوجه بخالص شكري وتقديري إلى الأستاذين العالمين الجليلين الكريمين :

فضيلة الأستاذ الدكتور / **لاشين محمد يونس الغاياتى**

وفضيلة الأستاذ الدكتور / **ناصر أحمد النشوى**

صاحبي القلب الطيب والأدب الجم والخلق الرفيع ،على ما لمسته فيهما من حنان الأبوه ، وما بذلاه من جهد وتوجيه طوال فترة الإشراف على هذه الرسالة حتى خرج هذا العمل إلى النور.

فكم أسديا لى كل نصح وتوجيه ، ولم يبخلا تجاهي من فيض علمهما وملاحظاتهما التى كانت كالبلسم الشافي ، وإن دل هذا فإنما يدل على عظيم كرمهما وسعة أفقهما ، وغزارة علمهما .

أسأل الله عز وجل أن يجعل ذلك فى ميزان حسناتهما " يوم تجد كل نفس ما عملت من خير محضرا ..... "[1] .

وأن يبارك في عمرهما ، وذريتهما ، وأن يجزيهما عنى خير الجزاء ، وأن ينفع بهما الإسلام ، والمسلمين ، والعلم وطلابه فى كل زمان ومكان .

كما أتقدم بخالص شكري إلى أساتذتي فى كلية الشريعة والقانون بطنطا الذين تعلمت على أيديهم ، ونهلت من علمهم ،

وأخص بالذكر الأستاذ الدكتور / **إسماعيل عبد النبى شاهين** ، والأستاذ الدكتور / **حامد عبده الفقى** .

وإلى كل من سهل لي طريقاً أو ساعدني حتى خرج هذا البحث ، فجزاهم الله عنى خير الجزاء .

وصل اللهم وسلم وبارك على سيدنا محمد وعلى آله وصحبه

المؤلف

(1) جزء من الآية رقم 30 من سورة آل عمران .



المقدمة

أولا : الإفتتاحية :

الحمد لله العادل فى حكمه البر الجواد ، الهادى إلى سبيل الرشاد ، الذى بنعمته تتم الصالحات ، خلق الإنسان وسخر له كل الكائنات ، وأسبغ عليه نعمه الظاهرات والباطنات شرع الأحكام لعباده بكتاب مبين ، وأبقى شرعه إلى يوم الدين ، فأتم عليهم النعمة ورضي لهم الإسلام دينا ، فقال سبحانه وتعالى : ﴿ **الْيَوْمَ أَكْمَلْتُ لَكُمْ دِينَكُمْ وَأَتْمَمْتُ عَلَيْكُمْ نِعْمَتِي وَرَضِيتُ لَكُمُ الْإِسْلَامَ دِينًا** ﴾ [1] .

وأشهد أن لا إله إلا الله وحده لا شريك له ، الذى من توكل عليه كفاه .

وأشهد أن سيدنا محمدا عبد الله ورسوله ، الذى اختاره الله على جميع خلقه واصطفاه فأرسله بشريعة تمتاز على غيرها من الشرائع بأنها ، عقيدة ، وشريعة ، ودين ، ودنيا وعبادة ، ومعاملة ، صالحة لكل زمان ومكان .

اللهم صل عليه وسلم وبارك وعلى آله وأصحابه الثقات النقاة ، صلاة ينال بها قائلها فى الدنيا والآخرة جميع ما يتمناه ، وعلى أتباعهم والمجتهدين من أمته الذين بذلوا قصارى جهدهم فى استخراج كنوز الشريعة الغراء ، وعلى كل من سار على دربهم ونهج نهجهم إلى يوم الدين وبعد :

فإن الإسلام دين الله الخالد وشريعته الباقية إلى أن يرث الله الأرض ومن عليها، فيه عز المسلمين وتقدمهم إذا اتبعوا طريقه واعتمدوا منهجه وسلكوا سبله ، ولذلك لم يترك الله عباده هملا ينظمون حياتهم ومعاملاتهم بمقتضى عقولهم ونظريات أفكارهم ، وإنما أرسل لهم الرسل مبشرين ومنذرين ، وكان خاتم الرسل محمداً – صلى الله عليه وسلم – فقد أرسله الله بشريعة خالدة عامة لجميع الناس ،

---

(1) جزء من الآية رقم 3 من سورة المائدة .

فقال سبحانه وتعالى : ﴿ وَمَا أَرْسَلْنَاكَ إِلَّا كَافَّةً لِلنَّاسِ بَشِيرًا وَنَذِيرًا ﴾ [1] ولم يترك الإسلام للناس الاختيار فى تطبيق الشريعة والعمل بها ، وإنما ألزمهم بذلك إلزاماً فقال سبحانه وتعالى : ﴿ وَمَا كَانَ لِمُؤْمِنٍ وَلَا مُؤْمِنَةٍ إِذَا قَضَى اللَّهُ وَرَسُولُهُ أَمْرًا أَنْ يَكُونَ لَهُمُ الْخِيَرَةُ مِنْ أَمْرِهِمْ وَمَنْ يَعْصِ اللَّهَ وَرَسُولَهُ فَقَدْ ضَلَّ ضَلَالًا مُبِينًا ﴾ [2] .

والناس فى حياتهم اليومية لا يمكنهم الإستغناء عن التعامل فيما بينهم ، إذ الإنسان مدني بطبعه، ومن أجل ذلك نجد الشارع الحكيم يأمر بالوفاء بالعقود والعهود ، وحسن المعاملة .

وأن يكون شعار المسلمين التعاون على البر والتقوى ، وأن نأخذ بيد الضعيف، ونحسن إلى الفقير ، ونواسي المصاب ، فهذه هى شيم المجتمع الإسلامى الذى يرقى بأخلاقه ومعاملاته ، والشريعة الإسلامية كفيلة بتحقيق مصالح الناس فى كل زمان ومكان ، من حيث أنها خاتمة الشرائع ومصدرها الوحى الإلهى .

والفقه الإسلامى بما فيه من مرونة وحيوية قادر على أن يواجه كل مشكلة ، ويحل كل عقدة ، فمهما تجددت الحوادث ، وتعقدت المشاكل ، وتطورت الصناعات والعلوم ، وتشعبت مذاهب الحياة واختلفت طرائق العيش ومسالك التفكير ، فإن المسلمين لا يعوذهم أن يجدوا فى شريعتهم لكل حادثة حكما يستفاد من كتاب الله وسنة رسوله – صلى الله عليه وسلم أو يوخذ بطريق التأمل فى روح الشريعة ، وتدبر ما تقضى به أغراضها .

إلا أن النفوس البشرية مطبوعة على حب التراث والرغبة فى التسلط والهيمنة، فلو ترك الناس وشأنهم فى مناحى الحياة ، ولم توضع لهم النظم الصالحة التى تقوم بتنظيم العلاقات والروابط فيما بينهم على وجه من الخير والمصلحة للجميع : لسادت الفوضى واضطربت الحياة ، وتسلط الغنى على الفقير ، والقوى على

(1) جزء من الآية رقم 28 من سورة سبأ .

(2) جزء من الآية رقم 36 من سورة الأحزاب .

الضعيف ، ولا يستطيع صاحب الحق إن كان ضعيفا أو فقيرا من أخذه أو الوصول إليه ، لذلك وضع الفقهاء المسلمون أحكاما شرعية مستنبطة من الكتاب والسنة تبيح لمن كان له حق عند آخر أن يتملكه جبراً عنه إذا لم يستطع الوصول إليه إختياراً.

ولما كان من الواجب على أبناء الدراسات الفقهية أن يبذلوا الجهد ويستفرغوا الوسع فى استخراج كنوز شريعتنا الغراء ، وإثبات قدرتها على الحياة صالحة لكل زمان ومكان حتى يرث الله الأرض ومن عليها ، وذلك بدارسة الفقه الإسلامى دراسة مقارنة بين المذاهب المختلفة بعضها ببعض ، أو بمقارنة المذاهب الفقهية بالقوانين الوضعية ، للعمل على إنشاء قانون من هذا الفقه محقق لحاجات العصر حال لمشاكله العديدة المختلفة ، خاصة وأن الدعوة إلى تطبيق الشريعة الإسلامية والتى ينادى بها المخلصون من أبناء هذه الأمة ليست مجرد حنين إلى الماضى ، بل تمثل استرداد لذاتنا الإسلامية ، والفقه الإسلامى لاشك أنه جزء من هذه الذات ، لما كان كذلك ، ولكن التملك الجبرى بهذه الأهمية فقد أردت الإسهام بلبنة متواضعة فى هذا الصرح الشامخ ، عن طريق تقديم دراسة متخصصة لبيان حق التملك الجبرى وجعلته موضوع بحثى لنيل درجة العالمية – الدكتوراه – فى الفقه المقارن وهو بعنوان (**حق التملك الجبرى** – دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامى والقانون الوضعى)

ثانيا : أهمية موضوع البحث وأسباب إختياره :

لقد اهتمت الشريعة الإسلامية بالمال أيما اهتمام ، لماله من أهمية بين الناس حيث هو عصب الحياة ، ومن أجله يسعى الناس ويكدون ، ويتقاربون ويختلفون ، فبينت طرق كسبه الحلال ونهت عن كسبه الحرام .

ولقد نظم الإسلام وسائل الحصول على المال بما يشبع فطرة الإنسان الطبيعية، لأن غريزة التملك هى أقوى الغرائز الإنسانية ، إذ لا بقاء للإنسان بغير شيء يملكه، فالرغبة فى التملك هى سر الحركة فى الحياة ، وهى الموجه إلى كل ميادين العمل والإنتاج .

ولقد دعا الإسلام أتباعه إلى الكسب الطيب ، وأن يستعمل ويستغل ما أتاه الله فيما يعود عليه وعلى مجتمعه بالنفع ، فالتملك له أسباب قد يكون اختيارا وقد يكون إجباراً .

فلا يختلف مذهب فقهي ولا قول قانونى فى أن الوفاء بالديون واجب على المدين، إلا أنه قد يكون اختيارا عن رضا وطيب نفس من المدين ، وقد يكون إجبارا عن قهر منه ودون رضا ، لأن الإسلام احترم الملك وحافظ عليه وأمر المسلم بالحفاظ عليه والدفاع عنه إذا سلب منه وأمره أن يطالب بحقه بالرضا ، فإذا لم يستطع أخذ حقه بالرضا كان عليه أن يرفع أمره للقضاء ليأخذ حقه عن طريق الجبر .

ومن المقرر فى الشريعة الإسلامية أنه إذا ثبت الملك بسبب من أسبابه المباحة لا ينتقل إلا برضا صاحبه بعقد من العقود الناقلة للملكية .

فالقاعدة العامة أنه لا يجبر شخص فى حياته على نقل ملكه إلى غيره ، ولكن هناك حالات استثنيت من هذه القاعدة ينقل فيها الملك من غير رضا صاحبه لضرورة تدعوا إلى ذلك ولقد ألغت الشريعة الإسلامية اعتبار الرضا فى أحوال متعددة مراعاة لمصلحة عامة أو فردية غالبة ، إما لدفع ضرر خاص يلحق شخصا آخر يفوق الضرر الذى يلحق صاحب الملك ، لأن الضرر الأشد يزال بالضرر الأخف ، ولأن الضرر يدفع بقدر الإمكان ، أو تقديم مصلحة عامة على مصلحة خاصة عند التعارض ، ومن أمثلة ذلك :

جبر المدين المماطل على دفع ما عليه من دين للغير عن طريق بيع ماله جبرا عنه وإذا كان الإسلام أباح التملك إذا كان عن طريق حلال فنهى عن التملك بطريق حرام . كأكل الربا ، وأكل أموال الناس بالباطل ، من رشوة أو كسب حرام من إحتكار ملعون الذى يثرى صاحبه على حساب البائسين الضعفاء والمحاويج من الناس . فمن يستخدم أمواله فى الإحتكار وانتهاز الفرص فإنها تؤخذ منه جبرا عن طريق إجبار الحاكم له على بيع ما احتكره ويتملك المجتمع أو من هو فى حاجة

إلى السلعة جبرًا عن المحتكر ، وكذا التسعير الجبرى دفعا للظلم ، وإجبارا للتجار على العدل ، والإجبار على البيع للنفقة الواجبة .

وكثيرا ما تنشأ خلافات بسبب مماطلة المدين وعدم الوفاء بالدين فرأيت أن هذا الموضوع ذو أهمية بمكان ، وقصدت الخوض فى بيان كيف يستطيع الدائن أن يحصل على حقه جبرا عن مدينة ويتملكه قهرا عنه بواسطة القضاء عن طريق الحجر على المدين ومنعه من التصرف وبيع ماله للوفاء بديونه ، أو عن طريق الظفر بحقه المجحود الذى ليس له بينة تثبته ، أو الإجبار على رد الودائع والعوارى واللقطة والمسروق .

وأيضا كثيرا ما تنشأ خلافات بين الجيران حول حقوق الارتفاق من مجرى أو مسيل أو مسقى أو مرود ، وحق الجار فى تملك ذلك جبرا عن المالك ، وكذا الأخذ بالشفعة حتى يستطيع الجار أو الشريك أن يأخذ المبيع من المشترى جبرا عنه.

وقد تحتاج الدولة إلى بناء مستشفى أو مسجد أو توسيع طريق فتأخذ ملك الغير جبرا عنه أو تأخذ الدولة الأرض ممن امتنع من إعمارها وتدفعها لغيره لِمن يقوم بالأعمار ، وغير ذلك من الصور والموضوعات التى ستظهر من خلال ثنايا البحث.

ولما كان لهذا الموضوع من اتجاهات كثيرة فى الحياة العملية التى يحتاج إلى معرفتها ومعرفة أحكامها كثير من الناس قصدت توضيح ذلك فقها وقانونا ، وإن كان الفقهاء المسلمون قد اعتنوا بهذا الموضوع عناية بالغة ، إلا أنهم لم يتناولوه على حدة ، بل تناثرت أحكامه وجزئياته بين كثير من أبواب الفقه ، فلم تجمع فى تنظيم موحد بهذه الصورة ، إلا بحثا بسيطا متواضعا وجدته فى مجلة البحوث الفقهية المعاصرة السنة الحادية عشر العدد الرابع والأربعون (حق التملك الجبرى فى الفقه الإسلامى) د / حسين سمرة ، مع أن هذا البحث بالغ الأهمية ، ونطاقه يشمل أمورا كثيرة ، ويندرج تحته كثير من الموضوعات التى لا غنى للباحثين والدارسين والقضاة وغيرهم من معرفة أحكامها .

فأردت أن أبسط الأحكام وأجمع الآراء وأعرضها بصورة مبسطة سهلة ميسورة، لكى يسهل على الناس الرجوع إليها والاستعانة بأحكامها ، قاصدا بهذا العمل أن أضيف إلى المكتبة الإسلامية ثمرة جهدى هذا ، قاصدا منه النفع العام راجيا المولى عز وجل القبول إنه نعم المجيب .

ثالثا : منهجى فى البحث :

بفضل الله وعونه وضعت منهجا لأسير عليه فى معالجة هذا الموضوع ، وراعيت فيه أن يكون قد سما لخطا منهج البحث العلمى ويتمثل فى الخطوت التالية:

1- عرضت لهذه الدراسة بتقديم الفقه الإسلامى . ببيان مواضع اتفاق الفقهاء وكذا موضع الخلاف مع ذكر آراء الفقهاء والصحابة والتابعين كلما أمكن ذلك ، وبيان أدلتهم ومناقشاتها وترجيح ما قوى دليله أو لتحقيق مصلحة أو دفع مفسدة دون التحيز لمذهب معين أو التوقف عند تساوى الأدلة فى نظرى ، وذلك بصدد كل مسألة من مسائل البحث .

واتبعت ذلك ببيان موقف القانون الوضعى (المدنى ، الجنائى ، الإدارى ، المرافعات التنفيذ) فى كل مسألة . ثم عقد الموازنة بين موقف القانون الوضعى والفقه الإسلامى . لا لعقد المقارنة بينهما لأن الفقه الإسلامى لا يقارن بغيره ، لأنه مستمد من شرع الله الحكيم ، أما غيره فهو من وضع البشر ، ولكن الهدف من الموازنة هو تقريب وجهات النظر ، وبيان مواطن الاتفاق والإختلاف وما الواجب اتباعه فى هذه المسألة .

2 – الالتزام بالموضعية المطلقة البعيدة عن أى هوى أو تعصب من أجل الوصول إلى الحق .

3 – الرجوع فى كل مسألة إلى كتب الفقهاء القدامى لتوثيق الأقوال ، وبيان المصادر الأصلية كلما أمكن ذلك إذ أن أخذ الشيء من منبعه أدق وأولى ، مع

ذكر إسم المرجع فى الهامش ورقم الصفحة والطبعة ، وإن اختلفت الطبعة ذكرت ذلك وأشرت إليه .

وأما الكتب الفقهية الحديثة فقد استخدمتها استئناسا أو تقوية لبيان فكرة جديدة فى مسألة ما .

4 - الرجوع إلى الكتب القانونية القديمة والحديثة وأراء جمهور شراح القانون فى مصر الذين تكفلوا بشرح القانون الوضعى ، وكذا الإشارة إلى أحكام محكمة النقض المصرية ومحكمة الاستئناف لبيان حكم فى المسألة محل البحث كلما أمكن ذلك ، وهذه العلامة / تفصل رقم المادة عن رقم الفقرة فمثلا 147 / 1 (أى المادة 147 الفقرة الأولى) .

5 - نظرا لطول البحث لم أكثر من ذكر النقول الفقهية والقانونية إلا نادرا ، بل اكتفى بالإحالة إلى موطن المسألة محل البحث فى الكتب الفقهية والقانونية بعد صياغتها بأسلوب سهل ميسر .

6- ترقيم الآيات القرآنية الكريمة وعزوها إلى موضعها ضمن سور القرآن الكريم

7- مراجعة كتب التفسير والأحكام إن دعت الحاجة إلى تعليق والإشارة إلى ذلك.

8- تخريج الأحاديث النبوية الشريفة ، والآثار تخريجا علميا وفق الأصول المعتمدة فى ذلك ، وحسب ما وضعه علماء الحديث معتمدا على الكتب الصحاح والسنن مع بيان مكان الحديث أو الأثر بها ، ودرجته كلما أمكن ذلك ، حتى يطمئن القارئ إلى سلامة ما وصل إليــه .

9- ترجمة جميع الأعلام الموجودة بالبحث ، ترجمة وافية معتمداً فى ذلك على كتب التراجم والتاريخ .

10 - توضيح معانى المصطلحات الفقهية واللغوية والأصولية والقانونية ، والألفاظ المبهمة التى تحتاج إلى توضيح ، وكذا المدن والبلدان ، والفرق والقبائل والمذاهب معتمدا على الكتب المعتمدة فى ذلك.

11- لقد حاولت فى هذا الموضوع أن أجمعه بصورة مبسطة وبأسلوب سهل عند علماء الفقه الإسلامى والقانون الوضعى ، حتى نقف على مدى موافقة هذه القوانين لأحكام الشرع الإسلامى ، وحتى يظهر ما فى هذه الشريعة من كنوز تقيم العدل وتنشر السلام الاجتماعى وتحقق الأمن ، إلى أن وصلت فى النهاية إلى أن الشريعة الإسلامية باقية إلى الأبد لا يعلى عليها قانون من وضع البشر فهى الصالحة لكل زمان ومكان .

رابعا : خطة البحث :

لقد اقتضت الخطة تقسيم هذه الدراسة إلى مقدمة ، وفصل تمهيدى ، وثلاثة أبواب وخاتمة .

أما المقدمة : فهى التى نحن بصددها وتشتمل على الإفتتاحية ، وأهمية موضوع البحث وأسباب اختياره ، ومنهجى فى البحث ، وخطة البحث .

وأما الفصل التمهيدى : فيشتمل على : تعريف حق التملك الجبرى ، وبيان مشروعيته وحالاته وأسبابه وشروطه وضوابطه ، وذلك فى ستة مباحث :

- المبحث الأول: تعريف الحق فى الفقه الإسلامى والقانون الوضعى والموازنة بينهما

- المبحث الثانى : تعريف التملك الجبرى فى الفقه الإسلامى والقانون الوضعى والموازنة بينهما .

- المبحث الثالث : مشروعية التملك الجبرى فى الفقه الإسلامى والقانون الوضعى والموازنة بينهما .

- المبحث الرابع : حالات التملك الجبرى فى الفقه الإسلامى والقانون الوضعى والموازنة بينهما .

- المبحث الخامس : أسباب التملك الجبرى فى الفقه الإسلامى والقانون الوضعى والموازنة بينهما .

- المبحث السادس : شروط التملك الجبرى وضوابطة فى الفقه الإسلامى والقانون الوضعى والموازنة بينهما .

الباب الأول : التملك الجبرى عن طريق عقود جبرية ، وفيه فصلان :

الفصل الأول : التملك الجبرى عن طريق عقود بيع جبرية ، وفيه خمسة مباحث :

– المبحث الأول : بيع مال المدين جبراً عنه ، وفيه مطلبان :

المطلب الأول : حكم الحجر على المدين وبيع ماله جبراً عنه فى الفقه الإسلامى والقانون الوضعى والموازنة بينهما .

المطلب الثانى : شروط تملك الدائن لدينه وكيفية بيع مال المدين جبرا عنه فى الفقه الإسلامى والقانون الوضعى والموازنة بينهما .

– المبحث الثانى : بيع المرهون جبرا عن الراهن ، وفيه مطلبان :

المطلب الأول : تعريف الرهن وبيان مشروعيته فى الفقه والقانون والموازنة بينهما

المطلب الثانى : كيفية تملك المرتهن لحقه من المرهون أو من ثمنه جبرا عن الراهن فى الفقه والقانون والموازنة بينهما .

– المبحث الثالث : بيع الأشياء المحتكرة جبراً على محتكريها ، وفيه مطلبان :

المطلب الأول : تعريف الإحتكار وبيان حكمه فى الفقه والقانون والموازنة بينهما

المطلب الثانى : شروط الإحتكار وتملك الأشياء المحتكرة جبراً على محتكريها فى الفقه والقانون والموازنة بينهما .

المبحث الرابع : بيع الأموال والسلع جبراً على مالكيها بالسعر الذى يعينه الحاكم وفيه مطلبان:

المطلب الأول : تعريف التسعير الجبرى وبيان مشروعيته فى الفقه والقانون والموازنة بينهما .

المطلب الثانى : شروط الإجبار على البيع بالسعر الذى يعينه الحاكم فى الفقه والقانون والموازنة بينهما .

– المبحث الخامس : بيع الأموال جبراً على أصحابها للنفقة الواجبة عليهم ، وفيه مطلبان :

المطلب الأول : تعريف النفقه وأسبابها فى الفقه والقانون والموازنة بينهما .

المطلب الثانى : تملك من تجب له النفقة جبراً عمن تلزمه عند امتناعه فى الفقه والقانون والموازنة بينهما .

الفصل الثانى : التملك الجبرى عن طريق الأخذ بالشفعة ، وفيه أربعة مباحث :

– المبحث الأول : تعريف الشفعة ومشروعيتها فى الفقه والقانون والموازنة بينهما.

– المبحث الثانى : شروط استحقاق الشفعة فى الفقه والقانون والموازنة بينهما .

– المبحث الثالث : من تثبت له الشفعة فى الفقه والقانون والموازنة بينهما .

– المبحث الرابع : كيفية التملك الجبرى بالشفعة (إجراءاتها) فى الفقه والقانون والموازنة بينهما .

الباب الثانى : التملك الجبرى عن طريق نزع الملكية ، وفيه ثلاثة فصول :

الفصل الأول : التملك الجبرى عن طريق نزع الملكية الخاصة لأجل المنفعة العامة وفيه مبحثان :

– المبحث الأول : المقصود بنزع الملكية الخاصة ومشروعيته فى الفقه والقانون والموازنة بينهما .

– المبحث الثانى : شروط وإجراءات نزع الملكية الخاصة لأجل المنفعة العامة فى الفقه والقانون والموازنة بينهما .

الفصل الثانى : التملك الجبرى عن طريق نزع الملكية لعدم الأعمار ،

وفيه مبحثان:

– المبحث الأول : تملك الأراضى الصحراوية ومشروعيتها وشروطها وكيفيتها فى الفقه والقانون والموازنة بينهما .

– المبحث الثانى : نزع الملكية جبراً لعدم الإعمار ، فى الفقه والقانون والموازنة بينهما .

الفصل الثالث : التملك الجبرى عن طريق نزع الملكية لشبهة الحرام وفيه مبحثان :

– المبحث الأول : اكتساب المال عن طريق الرشوة واستغلال السلطة والنفوذ فى الفقه والقانون والموازنة بينهما .

المطلب الثانى : التملك الجبرى عن طريق الإجبار على رد العارية فى الفقه والقانون والموازنة بينهما .

المطلب الثالث : التملك الجبرى عن طريق الإجبار على رد اللقطة فى الفقه والقانون والموازنة بينهما .

المطلب الرابع : التملك الجبرى عن طريق الإجبار على رد الشيء المسروق فى الفقه والقانون والموازنة بينهما .

وأما الخاتمة : فتشتمل على أهم نتائج البحث وتوصيات الباحث .

ثم زيِّلت الرسالة بفهارس تفصيلية .... وبعد :

فهذا عملى المتواضع أضعه بين أيديكم ، ولا أدعى أننى بلغت فيه الكمال ، أو تجردت عن الخطأ ، فالكمال لله وحده ، والعصمة لرسوله – صلى الله عليه وسلم – وإننى لأرجو الله عز وجل أن أكون بعملى هذا قد أديت بعض ما يجب علىَّ ، وأشهد الله أنى قد بذلت كل جهد ممكن ، فإن كنت قد وفقت فمن الله وحده ، وذلك فضل الله يؤتيه من يشاء ، وإن تكن الأخرى : فإن طبيعة البشر الخطأ والتقصير ، وما لهذا قصدت ولا أردت ، وحسبى أننى اجتهدت ، وإنى لأرجو أن تكون الأخطاء محدودة والهفوات معدودة ، كما أرجو من أساتذتى الأجلاء ومن القارئ الكريم أن يتذكروا الحسنات فيه ، وأن يعفوا عن الزلات والسيئات ، وأن يرسلوا لى بالنصيحة حتى أتجنبها ، والله من وراء القصد وهو حسبى ونعم الوكيل، صاحب الفضل والنعمة ومنه العون والمنة .

" ربنا لا تؤاخذنا إن نسينا أو أخطأنا "

وأخر دعوانا أن الحمد لله رب العالمين

وصلى الله على سيدنا محمد وعلى آله وصحبه وسلم

المؤلف

عطية فتحى محمد على الفقي

الفصل التمهيدي
في تعريف حق التملك الجبري وبيان مشروعيته
وحالاته وأسبابه وشروطه وضوابطه

تقديم وتقسيم :

لقد حمت الشريعة الإسلامية الملكية الخاصة [1] ، وحرمت التعدى عليها ، وقررت أن الأساس فى انتقال ملك الإنسان وخروجه من بين يديه إنما هو رضاه وطيب نفسه ، فلذا كان الأصل فى العقود [2] والالتزامات [3] أن تتم بالرضا

---

(1) الملكية الخاصة اختصاص بمال فيمكن به صاحبه من الإنتفاع به والتصرف فيه ، أو هو : تمكن الإنسان شرعا بنفسه أو بنيابة عنه من الإنتفاع بالعين ومن أخذ العوض ، وما يملكه الفرد فهو ملكية خاصة . يراجع : المعجم الوسيط 924 ، شرح فتح القدير على الهداية للكمال بن الهمام 6/ 248، ط : مصطفى البابى الحلبى ، تهذيب الفروق والقواعد السفية فى الأسرار الفقهية للشيخ محمد على حسين 232/13ط : دار المعرفة ، مطبوع بهامش كتاب الفروق للقرافى .

(2) العقد لغة : الشد والتوثيق ، والربط والتقوية ، كعقد البيع ، وعقد الزواج ، ويقال : عقد الحبل ، والعهد والبيع . وشرعا : ربط أجزاء التصرف بالإيجاب والقبول بين اثنين فأكثر .

يراجع : لسان العرب للإمام أبى الفضل جمال الدين محمد بن مكرم الانصارى المعروف بابن منظور الأفريقى المصرى 4 / 3030 ، باب الدال فصل العين ، ط : دار المعارف ، الشرح الصغير على أقرب المسالك للشيخ أحمد بن محمد بن أحمد الدردير 1/3 ط : الإدارة العامة للمعاهد الأزهرية 1399هـ ، التعريفات لعلى بن محمد بن على الجرجانى ص 196 ، ط : دار الريان للتراث .

(3) الالتزامات جمع التزام ، وهو لغة : الثبوت والدوام والوجوب يقال : لزم الشيء لزوما ، ثبت ودام ووجب عليه ، والتزم الأمر أوجبه على نفسه ، واصطلاحا : وجوب أمر على الإنسان ، وذلك بإيجابه على نفسه باختياره وإرادته كالتزامه بالعقد من إجارة ووقف وغير ذلك ، أو بإيجاب الشارع له كما فى التكاليف الشرعية . يراجع : لسان العرب 12/ 272ط : دار صادر – باب الميم فصل اللام مادة لزم ، توثيق الدين بالرهن والكتابة فى الشريعة الإسلامية أ . د / ناصر أحمد النشوى ص 61 ط 1424هـ – 2004م .

وعرف الالتزام فى القانون المدنى بأنه : رابطة أو حالة قانونية بموجبها يلتزم المدين بعمل أو بالامتناع عن عمل لمصلحة الدائن ، فهو رابطة بين الدائن والمدين ، فإذا وفى المدين بما التزم به انقضت هذه الرابطة . وإذا لم يقم بالوفاء أمكن جبره على ذلك . يراجع : الموجز فى النظرية العامة للالتزامات – أحكام الالتزام – د / عبد الودود يحيى ص 5 ، 6 ط : دار النهضة العربية القاهرة 1988م .

والإختيار ، عملا بقول الله تعالى:﴿ يا أيها الذين آمنوا لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل إلا أن تكون تجارة عن تراض منكم .... الآية ﴾ [1] .

غير أن هناك حالات مستثناة من هذا الأصل يتأتى فيها نقل الملكية جبراً ترجيحاً لمصلحة عامة على مصلحة خاصة [2] ، أو ترجيحا لدفع ضرر على جلب مصلحة.

فقد لا يقوم مدين بالوفاء إختيارا ، فأباحت الشريعة الإسلامية وتبعتها القوانين الوضعية [3] فى حالات معينة، وبشروط معينة للدائن أن يأخذ حقه من مال المدين جبراً عنه وقد ينزع الملك أيضا من صاحبه جبراً عنه بقيمته أو بتعويض عادل بالشروط والأسباب والضوابط التى وضعها فقهاء الفقه الإسلامى والقانون الوضعى.

---

(1) جزء من الآية رقم 29 من سورة النساء .

(2) المصلحة : هى المنفعة التى قصدها الشارع الحكيم لعباده من حفظ دينهم ونفوسهم وعقولهم ونسلهم وأموالهم طبق ترتيب معين فيما بينها ، والمصلحة العامة هى التى تتعلق بالجماعة ، كالطرق العامة ، والمستشفيات العامة ، والمدارس العامة ، والمساجد ، والمصالح الحكومية ، وغير ذلك ، والمصلحة الخاصة هى المنفعة التى تتعلق بشخص معين ، أو الخير الملازم للتصرفات الموافق لهوى النفس .

يراجع: ضوابط المصلحة فى الشريعة الإسلامية د / محمد سعيد رمضان ص23 ، ط : مؤسسة الرسالة – بيروت الطبعة الرابعة 1402هـ – 1982م ، الملكية فى الشريعة الإسلامية للشيخ على الخفيف 63 ط: دار الفكر العربى 1416هـ – 1996م ، الموسوعة الفقهية الميسرة د / محمد رواس 2/ 1809 .

(3) لقانون بوجه عام هو : مجموعة القواعد الملزمة التى تنظم علاقات الأشخاص فى المجتمع تنظيما عادلا يكفل حريات الأفراد ، ويحقق الخير العام ، وتوصف هذه القواعد المعمول بها فى بلد معين وفى عصر معين بأنها القانون الوضعى لذلك البلد ، فالقانون الوضعى المصرى الحالى : يشمل مجموعة القواعد القانونية المعمول بها الآن فى مصر بما تضمنه من فروع ، كالقانون المدنى والإدارى والجنائى وغيرهم ، ويختلف عما كان وما يكون ، وسمى بذلك لأن قواعده توضع سلفا ، وتكون محددة تحديداً كافياً بحيث يتمكن الأفراد من تنظيم سلوكهم وفقا لها .

يراجع : المدخل للعلوم القانونية د / سليمان مرقس ص 6 ، طبعة 1952، دار النشر للجامعات المصرية.

وقد تضمن هذا الفصل ستة مباحث :

المبحث الأول : تعريف الحق فى الفقه الإسلامى والقانون الوضعى والموازنة بينهما.

المبحث الثانى : تعريف التملك الجبرى فى الفقه الإسلامى والقانون الوضعى والموازنة بينهما .

المبحث الثالث : مشروعية التملك الجبرى فى الفقه الإسلامى والقانون الوضعى والموازنة بينهما .

المبحث الرابع : حالات التملك الجبرى فى الفقه الإسلامى والقانون الوضعى والموازنة بينهما .

المبحث الخامس : أسباب التملك الجبرى فى الفقه الإسلامى والقانون الوضعى والموازنة بينهما .

المبحث السادس : شروط التملك الجبرى وضوابطه فى الفقه الإسلامى والقانون الوضعى والموازنة بينهما .

المبحث الأول
تعريف الحـــق

وفيه ثلاثة مطالب :

المطلب الأول : تعريف الحق فى الفقه الإسلامى .

المطلب الثانى : تعريف الحق فى القانون الوضعى .

المطلب الثالث : الموازنة بين موقف الفقه الإسلامى والقانون الوضعى من تعريف الحق.

المطلب الأول
تعريف الحق فى الفقه الإسلامى

إن للحق تعريفين : أحدهما فى اللغة [1] ، والآخر فى الشرع [2] .

أولا : تعريف الحق فى اللغة :

إن مدلول كلمة الحق فى اللغة تطلق على معان كثيرة أشهرها :

1 – الثبوت والوجوب : والحق مصدر حق الشيء من بابي ضرب وقتل ، إذا وجب وثبت ، فيقال : حق الأمر حقا وحقوقا : صح وثبت ووجب ، وحق عليك أن تفعل كذا : يجب ويقال : استحقه ، استوجبه ، وحققت الأمر أحقه حقا : إذا تيقنته وجعلته ثابتا لازما ، وجمعه حقوق وحقاق .

---

(1) اللغة هى : الألفاظ الموضوعة والأصوات التى يعبر بها كل قوم عن أغراضهم .
يراجع : المعجم الوسيط باب اللام مادة لغا ص 867 ط : 1972م ، إصدار مجمع اللغة العربية التعريفات للجرجانى 247 .

(2) الشرع هو : الطريق وما شرعه الله تعالى ويقال : شرع الله لنا كذا ، أظهره وأوضحه ، وجعله طريقاً ومذهباً ، والشريعة : الإئتمار بالتزام العبودية ، وهى الطريق فى الدين .
يراجع : المصباح المنير لنعالم أحمد بن محمد الفيومى المقرى كتاب الشين مادة شرع ص 186 ط : دار الحديث ، معجم لغة الفقهاء د / محمد قلعة رواس جى ص 260 ، ط : دار النفائس – بيروت . التعريفات للجرجانى ص 167 .

ومنه قول الله تعالى : ﴿ كذلك حقا علينا ننج المؤمنين ﴾ [1] أى واجبا علينا [2].

وقوله تعالى : ﴿ فحق عليها القول فدمرناها تدميرا .... ﴾ [3] أى فوجب عليها الوعيد [4] .

وقوله تعالى : ﴿ وكذلك حقت كلمت ربك على الذين كفروا .... ﴾ [5]، أى وجبت وثبتت ولزمت [6] .

2 – ومن معانى الحق : أنه إسم من أسماء الله تعالى أو صفة من صفاته .

ومنه قوله تعالى : ﴿ هنالك الولاية لله الحق ﴾ [7] وقوله تعالى : ﴿ ذلك عيسى بن مريم قول الحق ﴾ [8] .

3 – ومن معانى الحق : أنه أمر الرسول صلى الله عليه وسلم ، وما أتى من القرآن وبمعنى الإسلام ومنه قوله تعالى : ﴿ ولا تلبسوا الحق بالباطل ﴾ [9].

4 – ومن معانى الحق : العدل والصدق .

ومنه قوله تعالى : ﴿ وقضى بينهم بالحق ﴾ [10] أى بالصدق والعدل [11] .

---

(1) جزء من الآية رقم 103 من سورة يونس .

(2) يراجع : الجامع لأحكام القرآن : للإمام أبى عبد الله محمد بن أبى بكر الأنصارى القرطبى 8 / 356 ، ط: دار الحديث ، القاهرة – تحقيق أ . د / محمد إبراهيم الحفناوى ، د / محمود حامد عثمان

(3) جزء من الآية رقم 16 من سورة الإسراء .

(4) يراجع الجامع لأحكام القرآن للقرطبى 10 / 239 (مرجع سابق) .

(5) جزء من الآية رقم 6 من سورة غافر .

(6) يراجع الجامع لأحكام القرآن للقرطبى 15 / 281 .

(7) جزء من الآية رقم 44 من سورة الكهف ، ويراجع : الجامع لأحكام القرآن للقرطبى 10 / 420 .

(8) جزء من الآية رقم 34 من سورة مريم ، ويراجع : الجامع لأحكام القرآن للقرطبى 11 / 112 .

(9) جزء من الآية رقم 42 من سورة البقرة ، ويراجع : الجامع لأحكام القرآن للقرطبى 11 / 351 ، 352 .

(10) جزء من الآية رقم 69 من سورة الزمر .

(11) يراجع : الجامع لأحكام القرآن للقرطبى 15 / 271 .

وقوله تعالى : ﴿ والوزن يومئذ الحق ﴾ [1] أى العدل [2] .

وقوله تعالى : ﴿ تلك آيات الله نتلوها عليك بالحق ﴾ [3] أى بالصدق الذى لا باطل ولا كذب فيه [4] .

ومن معانى الحق أيضا : الحظ والنصيب ، وما يختص به المرء بغير مشاركة له فيه ونقيض الباطل ، والأمر المقضى ، والمال ، والملك ، وبتدقيق النظر فى هذه المعانى نجدها تصدر من أصل واحد وهو الثبوت والوجوب ، لأن باقى المعانى تأخذ منه وتصدر عنه [5].

ثانيا : تعريف الحق فى الشرع :

المعنى الشرعى للحق لا يخرج عن المعنى اللغوى ، فهو فى الشرع يستعمل بمعنى الأمر الثابت الموجود مما هو خاص بالإنسان ، فيقال : من حقه أن يفعل كذا، أو من حقه أن يتملك كذا ، ويستعمل بمعنى ما يجب للإنسان أيضا نحو غيره، فيقول : لفلان حق نحو فلان، ويطلق على العين ، كهذه الدار حق لفلان ، ويستعمل

---

(1) جزء من الآية رقم 8 من سورة الأعراف .

(2) يراجع : الجامع لأحكام القرآن للقرطبى 7 / 161 .

(3) جزء من الآية رقم 6 من سورة الجاثية .

(4) يراجع : الجامع لأحكام القرآن للقرطبى 16/ 155 .

(5) يراجع : لسان العرب لابن منظور 2 / 939 باب الحاء فصل القاف ، القاموس المحيط لمجد الدين محمد بن يعقوب الفيروزآبادى 3 / 228 باب الحاء فصل القاف ط : دار الجيل – بيروت – لبنان ، المصباح المنير للفيومى 89 ، كتاب الحاء مادة حقق ، الصحاح تاج اللغة وصحاح العربية لإسماعيل بن حماد الجوهرى 1460/4 وما بعدها ، باب الحاء فصل القاف – ط دار العلم للملايين – بيروت ، تاج العروس للسيد محمد مرتضى الزبيدى الحنفى 6 / 316 فصل الحاء باب القاف الطبعة الخيرية الطبعة الأولى 1306 هـ . معجم مقاييس اللغة لابن فارس 2 / 15 وما بعدها ، المطبعة الثانية مصطفى البابى الحلبى ، المعجم الوسيط 210 باب الحاء مادة حق ، مختار الصحاح للإمام محمد بن أبى بكر الرازى. باب الحاء مادة حقق ، الرازي ص 86 ط : دار المنار تحقيق د / عبد الفتاح البرماوى .

فى مرافق العقار والأرض ، كحق الشرب والطريق والمسيل ، وعلى المنفعة [1] كسكنى هذه الدار حق لفلان .

وعرفه بعض الأحناف والإمام محمد أبو زهرة بأنه :

ما ثبت شرعا لشخص على شخص أو شيء على وجه الاختصاص [2] .

وقيل : الحق هو الحكم الثابت شرعا .

أى كل ما هو ثابت ثبوتا شرعيا ، أى بحكم الشارع وإقراره ، فالحق ما استحقه الإنسان على وجه يقره الشارع ويحميه ، فيمكنه منه ، ويدفع عنه ، وهذا التعريف قريب من تعريف الحق عند فقهاء الفقه الوضعى [3] .

وهذا التعريف يؤخذ عليه أنه غير جامع لكل ما يطلق عليه لفظ الحق عند الفقهاء كحق المال المملوك وهو ليس حكما ، وعلى الوصف الشرعى كحق الولاية والحضانة .

وغير مانع من إيراد غيره مع أنه غير كاشف لحقيقة الحق [4] .

---

(1) المنفعة : اسم من النفع وهو الخير ، وما يتوصل به الإنسان إلى مطلوبة هى اللذة أو ما كان وسيلة إليها ، أو دفع الألم وما كان وسيلة إليه ، وقيل : الخير الملازم للأعيان سواء وافق هوى النفس أو لم يوافق كمنفعة الدار . يراجع : المصباح المنير 367 ، المعجم الوسيط 982 ، ضوابط المصلحة فى الشريعة الإسلامية د / محمد السعيد رمضان ص 23 ، الموسوعة الفقهية الميسرة د / محمد رواس 2 / 1839 .

(2) يراجع : مجمع الأنهر شرح ملتقى الأبحر لعبد الله بن محمد بن سليمان المعروف بدماد أفندى 2 / 90 نشر دار إحياء التراث العربى ، الملكية ونظرية العقد فى الشريعة الإسلامية للإمام محمد أبو زهرة ص 68 ط : دار الفكر العربى ، الملكية ونظرية العقد فى الشريعة الإسلامية د / أحمد فراج حسين ص119 ، ط : مؤسسة الثقافة الجامعية ، الطبعة الأولى .

(3) يراجع : تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق للإمام فخر الدين عثمان بن على الزيلعى 4 / 97 ط : دار المعرفة بيروت ، الملكية فى الشريعة الإسلامية للشيخ على الخفيف ص 6 ، ط : دار الفكر العربى 1416هـ - 1996م.

(4) يراجع: الحق والذمة وتأثير الموت فيهما للشيخ على الخفيف ص36 ، ط: 1945م ، الفقه الإسلامى وأدلته للدكتور / وهبة الزحيلى 4 / 2838 ط : دار الفكر .

وعرفه د / محمد رواس بأنه : الحق هو الواجب الثابت الذى لا يجوز إنكاره ، ويثبت بواحد من ثلاثة : منح الله الحق لعباده تفضلا وتكرما منه ، كحق الإنتفاع بالطبيبة ، أو الضرورة ، كمن اضطر إلى شيء هو فى يد غيره وصاحبه فى غنى عنه ، كان حق المضطر إلى الطعام أقوى من حق صاحبه ، أو العقد سواء كان معاوضة كعقد البيع أو الرهن أو غير معاوضة كالوصية والهبة [1] .

فالحق عند الفقهاء المتأخرين يتكون من عدة عناصر :

1 – الشيء الثابت : ويشمل العين ، والمنفعة ، والدين ، والحقوق الفكرية ، والعمل وتسليم المبيع وحق التملك ، والحضانة .

2 – الشخص الذى يثبت له الحق : شخصا حقيقيا كمحمد ، أو حكمياً – اعتبارياً – كبيت المال . (وزارة المالية الآن) .

3 – من يثبت عليه الحق : والمقصود به الغير ، سواء كان شخصا ، أو شيئا معينا، كحق الإنسان فى ثمن ما باع لمشتر معين .

4 – مشروعية الشيء الثابت : لأن كل شيء فى الإسلام مقيد بالشرع ، وهو مصدره فما شرعه كان حقا ، وما نهى عنه كان باطلا ، ولقد فصلت الشريعة الإسلامية ما للإنسان من حقوق وما عليه من واجبات فى شتى المجالات .

5 – الاختصاص : لأنه لا وجود لفكرة الحق إلا بوجود الاختصاص الذى هو قوامها وحقيقتها بأن يكون الشيء الثابت مقصوراً على شخص بذاته وممنوعاً من غيره [2].

---

(1) يراجع : الموسوعة الفقهية الميسرة للدكتور/ محمد رواس قعلة جى ص 755 . ط : دار النفائس .

(2) يراجع : الملكية ونظرية العقد د / أحمد فراج حسين ص 119 ، 120 .

وعرفه بعض الفقهاء المحدثين بأنه :

" مصلحة مستحقة شرعا " [1] .

وانتقد هذا التعريف بأنه: عرف الحق بالغاية المقصودة منه لا بذاتيته وحقيقته ، فعرفه بأنه مصلحة ، وهى أثر من آثار الحق زاته ، ولكن الحق علاقة اختصاصية بين صاحب الحق والمصلحة التى يقصدها منه ، وأن التعاريف تنصب على الشيء وليس على آثاره [2].

وعرفه آخرون بأنه :

" اختصاص يقرر به الشرع سلطة أو تكليفا " [3] .

وهذا التعريف وإن كان يشمل أنواع الحقوق الدينية ، كحق الله على عباده من صلاة وصيام ونحوهما ، والحقوق المدنية ، كحق التملك ، والحقوق العامة ، كحق الدولة فى ولاء الرعية ، والحقوق المالية ، كحق النفقة ، وغير المالية ، كالولاية ، والحقوق الأدمية ، كحق الطاعة ، وأبان ذاتية الحق بأنه علاقة اختصاصية بشخص معين ، إلا أنه غير جامع ، لأنه لا يشمل الحقوق المشتركة بين الله والأدمى – كحد القذف [4] والقصاص [1] [2] .

---

(1) يراجع : الحق والذمة وتأثير الموت فيهما للشيخ / على الخفيف ص 36 ، 37 .

(2) يراجع : الفقه الإسلامى وأدلته للدكتور / وهبة الزحيلى 4 / 2839 .

(3) يراجع : المرجع السابق ، الفقه الإسلامى فى ثوبه الجديد د / مصطفى الزرقا 2 / 10 طبعة 1965

(4) القذف لغة : الرمى بالحجارة . وقذف المحصنة : رماها بالزنى ، ويقال : قذفه بالشيء ، نسبه إليه يراجع : المصباح المنير 294 ، كتاب القاف مادة قذف ، المعجم الوسيط 755 ، باب القاف مادة قذف . مختار الصحاح 244 ، باب القاف مادة قذف ، (مرجع سابق) وشرعا : الرمى بالزنا : أو اللواط أو نفى نسب ، فى معرض التعبير ، وحده عبارة عن عقوبة مقدرة تجب حقا لآدمى ، ومقدارها ، ثمانون جلدة للحر ، وأربعون للرقيق . يراجع : مغنى المحتاج للشيخ محمد الخطيب الشربينى على متن منهاج الطالبين للنووى 4 / 192 – 193 ط دار الفكر ، كشاف القناع عن متن القناع للشيخ منصور بن يونس البهوتى 6 / 104 ط دار الفكر تحقيق هلال مصيلحى هلال ، المعونة على مذهب عالم المدينة للقاضى أبى محمد عبد الوهاب على من نصر المالكى 2 / 329 ، ط دار الكتب العلمية تحقيق محمد حسن إسماعيل .

وقيل : الحق ما ثبت فى الشرع للإنسان أو لله تعالى على الغير [3].

وهذا التعريف يكاد يكون أنسب التعاريف للحق ، لأنه وافق التعريف اللغوى للحق من كان الثبوت ، وكلما كان هناك ارتباط وعلاقة بين المعنيَ اللغوى والشرعى للشيء المعرف لكن أوعى إلى فهم المعنى .

فالحق فى الشريعة يستلزم واجبين : أحدهما : واجب على الناس احترام حق الشخص وعدم التعرض له ، والثانى : واجب خاص على صاحب الحق ، بأن يستعمله بحيث لا يضر بالآخرين ، لأن الحق مقيد بما يفيد المجتمع .

فلذا قيد الإسلام الأفراد فى استعمال حقوقهم بمراعاة مصلحة الغير ، وعدم الإضرار بمصلحة الجماعة [4].

---

(1) يراجع : النظرية العامة للالتزامات د / أحمد فهمى أبو سنه ص 50 .

(2) يراجع الفقه الإسلامى للزحيلى 4 / 2840 .

(3) القصاص لغة : القطع وتتبع الأثر وحكلاهما يلائم القصاص ، لأنه يقطع ما بين القاتل وأولياء المقتول من خلاف وشقاق ، ويتبع الجانى حتى يقتله ويقتص منه ، ويرادف القصاص : القود ، ولأن الجانى يقاد بحبل أو غيره إلى الحاكم . يراجع : المصباح المنير 301 كتاب القاف مادة قص المعجم الوسيط 774 باب القاف مادة قصص ، لسان العرب 5 / 7317 ، باب الصاد فصل القاف . وشرعا : أن يفعل بالفاعل مثل ما فعل فإن قتل قتل ، وإن جرح جرح . يراجع : مغنى المحتاج 4 / 3 ، الوجيز فى جرائم الحدود والقصاص د / محمود محمد مفتاح ص 306 ط 1422هـ / 2001م .

(4) الفقه الإسلامى للزحيلى 4 / 2839 ، النظرية العامة للالتزامات فى الشريعة الإسلامية د / أحمد فهمى أبو سنة ص 50 ط : 1967م .

المطلب الثانى
تعريف الحق فى القانون الوضعى

لقد عرف فقهاء القانون الحق بتعاريف مختلفة تبعاً لاختلاف النظر إليه.

فمن نظر إلى صاحبه عرفه بأنه :

قدرة إرادية أو سلطة خولها القانون لشخص من الأشخاص على أعمال الغير فى نطاق معين معلوم .

وهذا المذهب يطلق عليه المذهب التقليدى ، لأنه أقدم المذاهب فى تعريف الحق ويسمى بالمذهب الشخصى ، لأنه ينظر إلى تعريف الحق من خلال الشخص صاحب الحق فلا يوجد الحق إلا إذا أراده صاحبه ، ولا يعتد به ولا تكون له قيمة ، إلا إذا وجد من يباشرة ويتمتع به ويحميه [1] .

ولقد وجهت إلى هذا المذهب عدة انتقادات لكن أهمها :

الخلط بين الحق والإرادة ، مع أنه من المسلم به إمكان ثبوت الحق للشخص عديم الإرادة كالمجنون [2] ، ويمكن اكتساب بعض الحقوق دون علم أصحابها أو دون إرادتهم كالموصى لهم .

فالحق قد يوجد ولو لم توجد الإرادة نفسها ، ولكن مباشرة الحق لا تكون إلا عن طريق الإرادة ، فالمجنون يثبت له بعض الحقوق ولكنه لا يستطيع مباشرتها لانعدام إرادته .

فالقدرة أو السلطة لا تدلان على المراد ، لأنهما يشعران بأن صاحب الحق يستطيع دائما أن يباشر حقه ، مع أن القانون قد يسلب الشخص هذه القدرة كمنع

---

(1) يراجع : نظرية الحق فى القانون المدنى د / عبد المنعم فرج الصدة ص 7 . طبعة 1949م / دار النشر للجامعات المصرية ، المدخل للعلوم القانونية ، د / سليمان مرقس ص 313 ، النظرية العامة للحق د / محمد شكرى سرور ص 16 ، الطبعة الأولى 1979م – دار الفكر العربى . مدخل لدراسة القانون وتطبيق الشريعة الإسلامية د / عبد الناصر توفيق العطار ص 360 ط 1979م ، مطبعة السعادة .

(2) الجنون : خلل يلحق العقل فيعدم عند صاحبه الإدراك والتمييز . يراجع : نظرية العقد والإرادة المنفردة د / عبد الفتاح عبد الباقى ص 269 ، ط 1984م .

المحكوم عليه بعقوبة جناية من مباشرة أعمال الإدارة الخاصة بأمواله مدة سجنه أو اعتقاله [1] .

ومن نظرَ إلى موضوعه عرفه بأنه :

" مصلحة مشروعة ذات قيمة مالية يحيمها القانون لصاحبها .

ويطلق على هذا المذهب : المذهب الموضوعى ، لأنه ينظر إلى الحق من حيث موضوعه أو الغرض منه [2].

وهذا التعريف أيضا محل نقد ، لأنه عرف الحق باعتبار غايته فقط ولم يوضح ماهيته وطبيعته فتعريف الحق بأنه مصلحة يخرج عن القول بأن للحق طرفين دائناً ومديناً ، لأن المصلحة قد تقوم من نفس الشخص دون أن ترتبط بشخص آخر ، كمصلحة الشخص فى أن يتعلم ويقرأ ويبحث .

فالمصلحة فى الواقع هى غاية الحق وليست جوهره ، وليس من الدقيق تعريف الشيء بغايته والهدف منه ، وهناك مصالح لا تسمو إلى مرتبة الحق ، كما لو اشترط مستأجر لإحدى الأدوار العليا فى منزل على المؤجر بإنارة السلم فجميع السكان يستفيدون من هذا الشرط مع أنهم ليسوا أصحاب حق ، فمصلحتهم لا تعطيهم الحق فى إلزام المؤجر بالإنارة ، لأنه حق لا يتمتع به إلا صاحب الدور العلوى [3] .

---

(1) يراجع : المدخل للعلوم القانونية د / توفيق حسن فرج ص 443 ، الطبعة الثانية 1981م ، دروس فى المدخل للعلوم القانونية د / نعمان جمعة ص 287 ، ط 1977م .

(2) يراجع : دروس فى مبادئ القانون د / عبد الودود يحيى ص 200 ، ط 1986م ، دار النهضة العربية ، المدخل للعلوم القانونية د / توفيق فرج ص 445 ، مبادئ القانون د / عبد المنعم البدراوى ص262 ط : 1970م ، الموجز فى النظرية العامة للالتزامات د / عبد الرزاق أحمد السنهورى ص 2 ، ط: دار إحياء التراث العربى – بيروت .

(3) يراجع : مبادئ القانون د / عبد المنعم البدراوى ص 263 ، دروس فى مبادئ القانون د/ عبد الودود يحيى ص 200 . المدخل للعلوم القانونية د / توفيق فرج ص 446 .

ومن الفقهاء من راعى الإتجاه الشخصى والإتجاه الموضوعى ومزج بينهما بحيث يعرف الحق من خلال صاحبه ، ومن خلال موضوعه ، ويعرف هذا الاتجاه بالمذهب المختلط فى تعريف الحق لتالفه بين الإتجاهين .

فقيل : الحق رابطة تقوم بين طرفين وتنطوى على مصلحة يحميها المشرع – القانون

وقيل : أنه سلطة يقرها القانون لشخص معين يستأثر بها من غيره يستطيع بمقتضاها القيام بأعمال معينه تحقيقا لمصلحة مشروعة يقرها القانون [1] .

كما لو كنت دائنا لمحمد بخمسين جنيها ، فكنت صاحب حق على محمد ، وهذا هو حق الدائنية ، وهو سلطة يمنحها القانون للدائن الذى يستأثر بها حتى يتمكن من مطالبة محمد بالوفاء بهذا المبلغ .

فإذا لم يقم بالوفاء طواعية واختيارا كان له الحجز على أمواله وبيعها بالمزاد العلنى حتى يتمكن من استيفاء المبلغ من الثمن الذى يرسو به المزاد ، ومن حق الدائن أن يحيل الدين إلى آخر ، أو إبراء المدين منه ، والمشرع الوضعى يمنح الشخص هذه السلطة تحقيقا لمصلحة مشروعة يقرها القانون ، وهى استيفاء الدين[2].

لذا يتضح مما سبق أن الخلاف بين القانون المدنى [3] لم يقف عند تحديد ماهية الحق لأنه ما من تعريف إلا وورد عليه اعتراضات وانتقادات مما يجعل وضع تعريف يجمعها كلها أمرا فى غاية الصعوبة .

---

(1) يراجع : دروس فى مبادئ القانون د / عبد الودود يحيى ص 201 ، المدخل للعلوم القانونية د/توفيق فرج ص 447 .

(2) يراجع : محاضرات فى نظرية الحق أ . د / لاشين محمد الغاياتى ص 8 ، 9 ط 1980م .

(3) القانون المدنى : أحد فروع القانون بوجه عام وهو يطلق على مجموعة القواعد القانونية التى تنظم علاقات الأفراد بعضها بالبعض الآخر وهو قسمان : أحوال شخصية : وينظم علاقة الفرد بأسرته ، ومعاملات وينظم علاقة الفرد بغيره من الأفراد بحسب المال .

يراجع : الموجز فى النظرية العامة للإلتزامات د / عبد الرزاق السنهورى ص 2 ، المدخل لدراسة العلوم القانونية د / سليمان مرقس ص 324 ، 325 .

المطلب الثالث
الموازنة بين موقف الفقه الإسلامى
والقانون الوضعى من تعريف الحق :

بعد بيان موقف الفقه الإسلامى والقانون الوضعى من تعريف الحق ، نجد أن معظمها محل نقد ، وإن كان فى نفس الوقت قد أصاب جزءا كبيرا من الحقيقة .

وبمقارنة تعريف الحق فى القانون الوضعى بتعريفه فى الفقه الإسلامى يتضح ما يأتى :

1 – الحق فى القانون يقتصر على حق الإنسان فقط ، ولا ينظم حق الله ، فالقانون الوضعى يهتم بأحكام العلاقات بين الأشخاص طبيعيين ومعنويين ، وهذا أمر لا غرابه فيه ، لأن مجرد وجود القانون الوضعى المخالف لما جاء به القرآن الكريم والسنة النبوية إنكار لحق الله ، بينما الحق فى الفقه الإسلامى يتناول حق الإنسان وحق الله .

2 – مصدر الحق فى القانون الوضعى هو القانون الذى يضعه المشرع البشرى – السلطة التشريعية [1] – ومصدر الحق فى الفقه الإسلامى الشرع الحكيم الآتى من قبل الله ورسوله – صلى الله عليه وسلم .

---

(1) السلطة التشريعية فى الدولة الإسلامية كان رسول الله صلى الله عليه وسلم مشرعا ، ثم من بعده الصحابة ، ثم أولى الأمر فالذى يتولى التقنين فى الدولة الإسلامية هم المجتهدون وأهل الفتيا ، فهم مجموعة يرجع إليهم فى فهم نصوص القانون الإلهى وتطبيقه ، وتشريع الأحكام لما يحدث من الأقضية والحوادث ، وما يرطأ من المصالح والحاجات .

والسلطة التشريعية فى الحكومات الدستورية الحاضرة : يتولاها أعضاء المجالس النيابية (مجلس الشعب) ويقومون بسن القوانين وتشريع الأحكام التى تقتضيها حاجات الزمن ومصالح الناس ويشرفون على تنفيذها.

يراجع: السياسة الشرعية مصدر التقنين بين النظرية والتطبيق د / عبد الله محمد القاضى 569 ط1410هـ – 1989م – الأولى ، الوجيز فى المبادئ الدستورية العامة د / فؤاد محمد النادى 211 ط : مؤسسة الرسالة 1406هـ .

3 – الحقوق التى يقررها المشرع الوضعى هى فى الحقيقة أهواء دائمة التغير والتبديل ، فما كان حقاً بالأمس ما عاد حقاً اليوم ، وما هو حق اليوم ، قد لا يكون حقا فى الغد .

أما فى الفقه الإسلامى ، فالحقوق ثابتة لا تتغير ولاتتبدل ، لأنها هى التى شرعها الله الذى أحاط بكل شيء علما وشريعته خالدة .

4 – الحق فى القانون الوضعى لا يتناول إلا الحقوق الثابتة للناس بعضهم قبل بعض بمقتضى القانون، ولا يتناول ما توجبه الأخلاق وأداب السلوك والتقاليد مما لا تتعرض له القوانين ، كما لا يتناول تعريف الحق نوعا من المكنات ذات الإختصاص يراه رجال القانون فى منزلة وسطى بين الرخصة والحق، إذ يرونه أدنى من الحق وأعلى من الرخصة ، وهو ما يسميه فقهاء الشريعة الإسلامية بحق التملك مثل حق الشفيع فى تملك العقار المبيع المشفوع فيه، وحق الشريك فى الدين فى تملك ما يوازى حصته مما استوفاه شريكه الآخر من الدين المشترك بينهما [1] .

فلذا يتضح مما سبق أن هناك اختلافا حقيقيا بين تعريف الحق فى القانون الوضعى وتعريفه فى الفقه الإسلامى وأرى أن أفضل تعريف للحق هو :

" كل ما يثبت شرعا أو قانوناً لله تعالى أو للإنسان مقرراً سلطة التصرف فى موضوع الحق أو واجبا عليه وحده أو عليه وعلى الغير " .

---

(1) يراجع : الملكية فى الشريعة الإسلامية للشيخ / على الخفيف ص 7 . طبعة : دار الفكر العربى (مرجع سابق) . نظرية الحق في الفقه الإسلامى د / محمود بلال مهران رسالة دكتوراه ص21 عام 1400هـ / 1980م . مسجلة بكلية الشريعة والقانون بطنطا تحت رقم 143 / 15541 ، استيفاء الحق بغير دعوى د / على عبد الجبار ياسين ص 38 – 40 ، رسالة دكتوراه 1408 هـ / 1988م . مسجلة بكلية الشريعة والقانون بطنطا تحت رقم 583 .

وهذا التعريف قد تفادى معظم الإنتقادات الموجهة لكل التعاريف السابقة فى الفقه الإسلامى والقانون الوضعى ، لأنه يشمل حقوق الله الخالصة الواردة فى قوله تعالى : ﴿ لله ملك السموات والأرض ﴾ [1] وقول الرسول – صلى الله عليه وسلم – لمعاذ ابن جبل [2] يا معاذ – تدرى ما حق الله على العباد ، وما حق العباد على الله، قال : قلت : الله ورسوله أعلم ، قال : فإن حق الله على العباد أن يعبدوا الله ولا يشركوا به شيئا ، وحق العباد على الله عز وجل أن لا يعذب من لا يشرك به شيئا ، قال قلت : يا رسول الله أفلا أبشر الناس، قال : لا تبشرهم فيتكلوا " [3].

ويشمل حقوق الإنسان الخالصة سواء كانت ثابتة للشخص ذاتياً دون أن يكون هذا الحق فى مواجهة الغير ، كالحقوق الشخصية ، أو الطبيعية التى تثبت للإنسان لكونه إنسانا دون النظر لأي إعتبار أخر ، ولا يختص بها فرد دون آخر ، كحق الفرد فى الحياة ، وفى سلامة جسده وفى حريته ، وفى التفكر ، والتعليم ،

---

(1) جزء من الآية رقم 49 من سورة الشورى .

(2) معاذ هو : أبو عبد الرحمن معاذ بن جبل بن عمر بن أوس بن عامر بن الخزرج ، أسلم وهو ابن ثمان عشرة سنة ، شهد بيعة العقبة مع السبعين من الأنصار ، وشهد المشاهد كلها ، بعثه النبى صلى الله عليه وسلم إلى اليمن عاملاً ومعلماً ، أحد الستة الذين جمعوا القرآن الكريم على عهد النبى صلى الله عليه وسلم – روى عنه ابن عمر وابن عباس وغيرهما ، مات عام ثمان عشرة من الهجرة وليس لـه عقب " رحمه الله تعالى " . يراجع : حلية الأولياء وطبقات الأصفياء للحافظ أبى نعيم الأصبهانى 1/ 228 ط : دار الكتاب العربى – بيروت ، أسد الغابة فى معرفة الصحابة لعز الدين ابن الأثير 5 / 194 ط : دار الشعب . شذرات الذهب فى أخبار من ذهب لأبى الفلاح عبد الحى الحنبلى 1 / 29 ط : منشورات دار الآفاق الجديدة – بيروت ، الطبقات الكبرى لابن سعد 7 / 378 ، ط : دار صادر – بيروت . الأعلام قاموس تراجم لأشهر الرجال والنساء لخير الدين الزركلى 8 / 166، ط دار العلم للملايين – بيروت .

(3) يراجع : صحيح مسلم للإمام أبى الحسن مسلم بن الحجاج القشيرى . وشرح النووى للإمام محى الدين زكريا بن شرف الدين النووى 1 / 186 ط : دار المنار تحقيق / صلاح عويضة .

والعمل..... الخ ، أو كانت ثابتة للشخص على غيره أو فى مواجهة الغير ، كحق الدية [1] ، وبدل المتلفات ، وتسلم ثمن المبيع ، واستيفاء الدين من المدين .

ويشمل الحقوق المشتركة بين الله والأدمى كحد القذف والقصاص.

ويتناول هذا التعريف أيضا معنى الإختصاص والتسلط على الشيء موضوع الحق من قبل من لـــه الحق ، ويبرز فيه عنصر الإرتباط ، أى التقابل بين الحقوق المختلفة لدى أفراد المجتمع بما يستلزم نشوء إلتزامات متبادلة بينهما حتى يمكن ضمان كل شخص لحقوق الأخريين [2] .

---

(1) الدية لغة : مأخوذة من ودى القاتل القتيل يديه دية ، إذا أعطى وليه المال الذى هو بدل النفس وفاؤها محذوفة والهاء عوض والأصل ودية والجمع ديات . يراجع : المصباح المنير كتاب الواو مادة ودى 388 : 389 ، المعجم الوسيط باب الواو مادة ودي 1065. فالدية شرعا : المال الواجب بجناية على الحر فى نفس أو فيما دونها . والمقدر شرعا لا اجتهادا 00 مغنى المحتاج للشربينى 4/ 66 ، كشاف القناع عن متن الإقناع للبهوتى 6/ 5 ، المعونة على مذهب عالم المدينة للقاضى عبد الوهاب المالكى 2 / 263 هامش 1 .

(2) يراجع : المدخل لدراسة العلوم القانونية : النظرية العامة للحق أ . د / إسماعيل عبد النبى شاهين ص 30 ، 31 ، ط 1985م ، محاضرات فى نظرية الحق أ . د / لاشين الغاياتى ص 14 ط : 1980م .

المبحث الثانى
فى تعريف التملك الجبري

وفيه ثلاثة مطالب :

المطلب الأول : تعريف التملك الجبري فى الفقه الإسلامى .

المطلب الثانى : تعريف التملك الجبري فى القانون الوضعى .

المطلب الثالث : الموازنة بين موقف الفقه الإسلامى والقانون الوضعى من تعريف التملك الجبري .

المطلب الأول
تعريف التملك الجبرى فى الفقه الإسلامى

التملك الجبرى مصطلح مركب من لفظين :

أحدهما : التملك وهو لغة : مأخوذ من ملكت الشيء أملكه ملكا ، وملكت الشيء تمليكا وتملكه : أى ملكه قهرا ، وأملكه الشيء وملكه إياه تمليكاً بمعنى واحد أى جعله ملكه . وملك الشيء حازه وانفرد بالتصرف فيه فهو مالك ، والملكية : الملك أو التمليك ، والملكية الخاصة : ما يملكه الفرد والملكية العامة : ما تملكه الدولة [1] .

والتملك أو الملك اصطلاحا [2] :

لقد عرف الفقهاء الملك بتعاريف متقاربة مضمونها واحد ، ولعل أفضلها :

---

(1) يراجع : لسان العرب لابن منظور 10 / 491 باب الكاف فصل الميم ط : دار صادر – بيروت ، الصحاح للجوهرى 4 / 1609 ، باب الكاف فصل الميم ، ط : دار العلم للملايين – بيروت ، القاموس المحيط 3 / 330 باب الكاف فصل الميم ، تاج العروس 7 / 180 ، فصل الميم باب الكاف ، المعجم الوسيط 924 باب الميم مادة ملك (مرجع سابق) .

(2) الاصطلاح : اتفاق طائفة على وضع اللفظ بإزاء المعنى ، أو هو إخراج الشيء من معنى لغوى إلى معنى آخر لبيان المراد . يراجع : التعريفات للجرجانى 44 ، 45 ، معجم لغة الفقهاء د / محمد رواس ص 51 .

أن الملك هو : إختصاص بالشيء يمنع الغير منه ، ويمكن صاحبه من التصرف فيه ابتداءاً إلا لمانع شرعى [1] .

وعرفه الإمام محمد أبو زهرة ود / وهبة الزحيلى بأنه : الاستيلاء والقدرة على التصرف فى المال يثبتها الشارع .

فإذا حاز الشخص مالا بطريق مشروع أصبح مختصا به واختصاصه به يمكنه من الانتفاع به والتصرف فيه إلا إذا وجد مانع شرعى يمنع من ذلك ، كالجنون والصغر ونحوهما ، وهذا الاختصاص يمنع الغير من الإنتفاع به أو التصرف فيه إلا إذا وجد مسوغ يبيح له ذلك كولاية [2] أو وكالة [3] .

فالملك أو الملكية علاقة أقرها الشارع الحكيم بين الإنسان والمال ، وجعله مختصا به بحيث يتمكن من الإنتفاع به بكل الطرق السائغة له شرعاً ، وفى الحدود التى يبينها الشارع الحكيم له [4] .

---

(1) يراجع : شرح فتح القدير للكمال بن الهمام على الهداية 6 / 248 ط : مصطفى البابى الحلبى ، أحكام المعاملات الشرعية للشيخ على الخفيف 296 ط : دار الفكر .

(2) الجنون : لغة مأخوذ من جنَّ الرجل جنونا وجنة ومجنة : زال عقله .

وشرعا : إختلال العقل بحيث يمنع جريان الأفعال والأقوال على نهج العقل إلا نادرا . يراجع : لسان العرب 1 / 701 باب النون فصل الجيم ، التعريفات للجرجانى 107 .

(3) الولاية لغة : النصرة ، والقرابة والولى: كل من ولى أمرا أو قام به ذكرا أو أنثى .

واصطلاحا . سلطة شرعية يتمكن بها شرعا من مباشرة العقود وترتيب حكمها عليها دون توقف على رضا أحد .

يراجع : المعجم الوسيط 1101 باب الواو مادة ولى ، المصباح المنير ص400 باب الواو مادة ولى معجم لغة الفقهاء 510 ط : دار النفائس ، أحكام المعاملات الشرعية للشيخ على الخفيف 296 ط : دار الفكر .

(4) الوكالة لغة : التفويض والمراعاة والحفظ . وشرعا : تفويض شخص أمره إلى آخر فيما يقبل النيابة ليفعله حال حياته يراجع : المصباح المنير كتاب الكاف مادة وكل 398 ، المعجم الوسيط باب الكاف مادة وكل 1098 . أحكام المعاملات الشرعية للشيخ على الخفيف 299 ، حاشية قليوبى 2 / 336 ط : دار إحياء الكتب العربية .

يراجع: الفقه الإسلامى للزحيلى 4 / 2893 ، الملكية ونظرية العقد للإمام محمد أبو زهرة ص 65 ط : دار الفكر العربى .

فحق التملك من الحقوق العامة التى تثبت لكل شخص ، ولا يجوز حرمان أحد من حق التملك وهو أن يضيف شخص إلى نفسه مالا ، فإذا تملك الشخص أصبح مالكا ، أى له حق الملك أو الملكية على ماله ، فالملكية الخاصة أو الفردية تنبثق عن حق التملك ، وشرعها الله للإنسان ليحقق مقاصد الشرع من عمارة الأرض التى جعل الله الإنسان خليفة فيها ، فأباح له التملك للأموال لينتفع بها وينفع غيره ، فالإسلام لم يمنع الملكية ولكنه فى نفس الوقت لم يطلقها بلا حدود ، بل حرَّم التعدى على ملكيات الأفراد مادامت مشروعة ، والملكية غير المشروعة يجوز للدولة أن تتدخل فى شأنها لرد الأموال إلى أصحابها ، بل لها الحق فى المصادرة استجابة لمصلحة عامة ، والمحرم لا يصلح سببا مشروعا للتملك .

كما حرمت الشريعة كل وسائل الكسب غير المشروع كالاحتكار (1) والربا (2)، والغرر (3) ، مما ينتشر فى بعض المجتمعات ويجعلونه من المباحات ، بينما يُأكل بها الإنسان مال أخيه الإنسان بالباطل (4) .

---

(1) الاحتكار لغة مأخوذ من حكر بمعنى جمع وحبس وأمسك .

وشرعا : حبس الطعام ونحوه إلى الغلاء والإمتناع من بيعه .

يراجع : القاموس المحيط 2 / 13 باب الراء فصل الحاء ، الفتاوى الهندية لأبى المظفر محيى الدين محمد أورنك 3 / 213 ط : دار إحياء التراث العربى ، وسيأتى مزيد من توضيح هذا التعريف ص 162 .

(2) الربا : لغة النمو والزيادة مأخوذ من ربا الشيء يربو ، إذا زاد ، وألفه بدل من واو ويكتب بها وبالألف وبالياء .

وشرعا : الفضل الخالى عن العوض المشروع فى البيع ، وهو عقد على عوض مخصوص غير معلوم التماثل فى معيار الشرع حالة العقد أو مع تأخير فى البدلين أو فى أحدهما .

يراجع : المصباح المنير 133 كتاب الراء مادة ربو ، المعجم الوجيز باب الراء مادة ربو 53 . ط وزارة التربية والتعليم ، مجمع اللغة العربية 1414هـ ، شرح العناية على الهداية لأكمل الدين البابرتى 317 مطبوع بهامش شرح فتح القدير ، مغنى المحتاج 2 / 30 .

(3) الغرر : لغة الخطر ويقال : اغتر فلان ، غفل ، وبكذا خدع به .

وشرعا : ما يكون مجهول العاقبة لا يدرى أيكون أم لا ، أو ما انطوت عنا عقبته .

يراجع : المصباح المنير 264 كتاب الغين مادة غرر ، حاشية قليوبى 2 / 161 .

(4) يراجع : شرح أحكام حق الملكية د / عبد الناصر العطار ص 6 وما بعدها بدون ذكر طبعة .

ثانيهما : الجبرى وهو لغة : مأخوذ من جبره على الأمر جبراً حمله عليه قهرا وأجبرته على كذا : حملته عليه قهرا وغلبة فهو مجبر ، وجبر فلانا : أكرهه ، وأجبر القاض الرجل علىٰ الحكم : إذا أكرهه عليه [1] .

واصطلاحا : حمل الإنسان بحق على تصرف لا يرضاه [2] .

وعرفه د / محمد رواس بأنه : أن يلزم ذو الولاية من ولى عليه بتصرف ما تحقيقاً لحكم الشرع [3] .

والتملك الجبرى عرفه د / حسين سمزة بأنه : " تملك ملك الغير أو بدله رغماً عنه بحق وجب عليه بأن يكون ما عند الغير هو عين المتملك جبرياً ، أو لدفع ضرر عام أو خاص ، أو تحقيق مصلحة عامة أو خاصة .

أو هو : ما يتملكه مكره من غيره بحق [4] .

وقد يسمى الإكراه المشروع ، أو الإكراه بحق ، كإكراه القاضى المدين على بيع ماله وفاءً لدينه [5] ، فكل ما كان من أجل تحقيق مصلحة عامة ، أو رفع ضرر عن آخر ، فإنه يكون إكراها بحق ، ولا يقطع نسبة الفعل عن الفاعل ، فيصح

---

(1) يراجع : القاموس المحيط 1 / 399 باب الراء فصل الجيم ، لسان العرب 1 / 534 باب الراء فصل الجيم ، ط : دار المعارف ، الصحاح للجوهرى 2 / 607 – باب الراء فصل الجيم ، تاج العروس 3 / 81 (مرجع سابق) فصل الجيم باب الراء ، المصباح المنير كتاب الجيم مادة جبـــر.

(2) يراجع : التعريفات للجرجانى ص 50 .

(3) يراجع - الموسوعة الفقهية الميسرة د / محمد رواس قلعة جى 1 / 52 ، 375 ط : دار النفاس 1421 هـ الطبعة الأولى .

(4) يراجع / مجلة البحوث الفقهية المعاصرة السنة الحادية عشرة العدد الرابع والأربعون ص 16 عام 1420هـ .

(5) الدين لغة : القرض ، وما تعطيه غيرك من مال على أن يرده إليك ، وكل ما ليس حاضرا ، جمع، ديون ، واصطلاحا : كل معاملة كان أحد العوضين فيها نقدا حاضرا والآخر نسيئة – أى مؤجلا – فكل تعامل يتعلق بالذمة ويجب أداؤه فى وقت محدد أو إلى أجل معلوم ، فهو دين أو ما ثبت فى الذمة من مال بالتزام أو استهلاك أو إتلاف أو استقراض . يراجع : لسان العرب 2 / 1467 ، باب النون فصل الدال . فتح القدير 7/ 221 ، أحكام القرآن لابن العربى 1 / 327 ، الموسوعة الفقهية الميسرة د / محمد رواس 1 / 880 .

ويكون نافذاً ، فبيع المدين ماله بنفسه كرها صحيح ولا خلاف بين الفقهاء في صحة هذا النوع من الإكراه وترتب آثاره عليه، وكذا بيع الأموال المحتكرة لصالح الجماعة ، واستملاك الأراضي للمصالح العامة ، لأن حمل الإنسان على تصرف لا يرضاه ، لا يقدح في الرضا ولا يفسد البيع ، مادام ذلك في مصلحة الجماعة وتوجيه قواعد العدالة [1] .

---

(1) يراجع : مغني المحتاج 2 / 11 . الجلال المحلي وحاشية قليوبي 2 / 156 ؛ الفقه الإسلامي للزحيلي 4 / 3047 ، بحوث في عقد البيع أ . د / محمد عبد الفتاح البنهاوي ص 108 . ط 1987م ، الملكية ونظرية العقد د / أحمد فراج حسين ص 179 .

المطلب الثانى
تعريف التملك الجبرى
فى القانون الوضعى

لما كان التملك الجبرى مصطلح مستحدث لذا لم أقف على تعريف محدد وضعه فقهاء القانون الوضعى ، إلا أنه يمكن أن نستنبط من أقوال الشراح ما يلى :

أن التملك يؤدى إلى إكساب الملكية .

وحق التملك هو حق الشخص فى أن يضيف إلى نفسه مالا .

فإذا تملك هذا المال أصبح مالكا ، أى له حق الملك أو حق الملكية على ماله .

وحق التملك من الحقوق العامة أو الحريات العامة ، بينما حق الملك من الحقوق الخاصة .

وحق الفرد فى أن يتملك يسفر عن الملكية الفردية وهى الملكية الخاصة [1] .

فلذا كان حق الملك أقوى من حق التملك ولكنه لا يعارضه ، لأن للموجب حق ملك ولمن له القبول حق التملك ، ومن أمثلته حق الشفيع فى تملك العقار المبيع ، وحق الدائن فى تملك مال المدين ، لأنه اختصاص يخول صاحبه سلطة معينة ، وإن كان حق الملك نفسه أقـــوى [2] .

والمشرع الوضعى قد تناول حق الملكية فى المادة 802 من القانون المدنى الحالى فنص على أن : " لمالك الشيء وحده فى حدود القانون حق استعماله [3] واستغلاله [1] والتصرف فيه [2] " .

---

(1) يراجع : شرح أحكام حق الملكية د / عبد الناصر توفيق العطار 5 ، 6 ، الموجز فى أحكام القانون المدنى د / حسن كيرة 424 ط : منشأة المعارف – الأسكندرية .

(2) يراجع : نظرية الدعوى فى الشريعة الإسلامية وقانون المرافعات المدنية والتجارية د / محمد نعيم ياسين 92 ، 93 هامش 2 ، ط : دار النفائس الأردن الطبعة الأولى 1419 هـ – 1999م .

(3) الاستعمال : هو استخدام الشيء فيما أعد له كسكنى الدار وركوب السيارة . يراجع : الموجز فى أحكام القانون المدنى د / حسن كيره ص 75، الطبعة الثالثة 1994م منشأة المعارف– الإسكندرية .

ومن خلال هذا النص يتضح أن حق الملكية يخول صاحبه سلطات جامعة على الشيء من استعمال واستغلال وتصرف ، فهو حق مقصور على صاحبه لا يزاحمه فيه مزاحم ، ولكن ليس هذا الحق مطلقا بل سلطات المالك تتقيد بحدود القانون [3] .

ويتضح ذلك من خلال استعراض أهم خصائص حق الملكية :

– فالملكية حق جامع ، لأنه يجمع بين يدي المالك كل السلطات ، ولكن هذه السلطات ترد عليها قيود عديدة من أهمها :

ما يثبته القانون للسلطة الإدارية من حق الاستيلاء على العقارات للمنفعة العامة [4] ، فيمتنع على المالك التمتع بسلطات على شيء [5] .

ومن ثم فإن الدولة تملك العقارات جبراً على أصحابها .

– الملكية حق مانع ، لأنه يجعل كل السلطات له ويختص بها ويمنع غيره من مشاركته فيها دون رضاه ، ولكن هذه الخاصية (الإستئثار المانع لحق الملكية) ليست مطلقة بل في أحوال استثنائية يجبر فيها المالك بمقتضى القانون على تحمل

---

(1) الاستغلال : هو الحصول على ثمار الشيء كاستغلال السيارة والدار بالتأجير والحصول على الأجرة يراجع : الوجيز في الحقوق العينية الأصلية د / محمود جمال الدين زكي ص 32 ط : 1978م مطبعة جامعة القاهرة .

(2) التصرف : هو استخدام الشيء استخداماً تنفذ به مقوماته بصفة كلية أو جزئية ويترتب عليه من ثم زوال كل أو بعض السلطات عليه . يراجع : الوجيز في الحقوق العينية الأصلية د / محمود زكي ص33 الموجز في أحكام القانون المدني د / حسن كيرة ص 79 .

(3) يراجع : الحقوق العينية الأصلية د / محمد كامل مرسي 1 / 215 ، الطبعة العالمية 1949، حق الملكية وأسباب كسبها د / عبد المنعم البدراوي 17 ط : 1986م .

(4) المنفعة العامة : هي مجموع مصالح الأفراد المكونة للمجتمع ، فالمصلحة العامة هي : مجموع المصالح الخاصة ، وقيل المنافع العامة ، ما كانت فوائدها مشتركة بين الناس . يراجع : المعجم الوسيط 982 . فكرة المنفعة العامة في نزع الملكية الخاصة د / أحمد موافي رسالة دكتوراه ص 32 – حقوق إسكندرية 1413هـ – 1992م .

(5) يراجع : الوسيط للسنهوري 8 / 529 ، المرجع السابق ص 64 . الوجيز في الحقوق العينية الأصلية د / محمود زكي ص 33 . الموجز في أحكام القانون المدني د / حسن كيرة ص 64 .

مشاركة الغير له فى بعض سلطاته ، كالحق الذى يقرره القانون لمالك الأرض المحبوسة عن الطريق العـام فى المرور إليه عبر الأرض المجاورة جبرا على مالكها نظير تعويض عادل [1].

ومن ثم فإن هذا أيضا يعد تملكا جبريا .

فالملكية وإن كانت حقاً عينياً ينصب على شيء معين مباشر فصاحبه يستطيع الاحتجاج به ضد الكافة ، وله حق تتبعه ، وليس لأحد أن يعترض عليه فى استعماله أو استغلاله أو التصرف فيه على النحو الذى يريد .

إلا أن مقتضيات الحياة فى المجتمع الحديث أدت إلى الحد من إطلاق الملكية وتقييدها مخافة أن تنقلب بين يدى المالك إلى تحكم واستبداد يفوت صالح الجماعة ، أو يعطل بعض مصالح الأفراد المشروعة ، أو يعوق استغلال بعض الثروات والملكيات على نحو صالح مفيد فالقانون يملك تقييد هذه السلطات ، فإذا كان الأصل فى الملكية أنها حق جامع مانع ، إلا أن هذا الأصل يرد عليه استثناءات كثيرة من شأنها أن تحد من سلطات المالك على الشيء ، بل وتتيح تدخل الغير فى ملكه ، وقد يؤدى ذلك إلى تملك الغير لملكه جبراً عنه .

وهذه القيود أخذت تزداد يوماً بعد يوم إلى حد أن أصبح ينظر إلى الملكية اليوم فى التشريعات الحديثة على أنها وظيفة اجتماعية ، وليست ذلك الحق الفردى المقدس ، فهى وظيفة يجب أن تقوم بها لتحقيق الصالح العام للمجتمع .

ومن ذلك : جواز نزع الملكية جبرا على صاحبها للمنفعة العامة بعد أن يدفع للمالك تعويضاً عادلاً ، ومن ذلك أيضا : التسعير الجبرى ، وفيه يجبر المالك على بيع سلعة بثمن لا يجاوز حدا معينا ، ومن ذلك حق الشفعة والاسترداد أيضا ففيهما

---

(1) يراجع : الوسيط للسنهورى 8 / 530 . الوجيز د / محمود زكى 34، الموجز د / حسن كيرة ص65.

يجبر المالك على بيع ملكه لشخص معين دون المشترى الأصلى [1] وقد يسمى التملك الجبرى فى الإصطلاح القانونى بنزع الملكية الجبرى أو التنفيذ الجبرى.

فإذا ما امتنع المدين عن الوفاء لجأ الدائن إلى القضاء لاجباره على التنفيذ .

فالتنفيذ الجبرى اقتضاء الحق للشخص من ذمة شخص آخر ، او اخذ مال المدين عنوة وتحويلها إلى مبلغ من النقود يقتضى منه الدائن حقه الذى نازعه فيه المدين [2].

ويكون التنفيذ الجبرى بإجبار المدين على الوفاء بما تعهد به ، فإذا امتنع المدين عن الوفاء بدين عليه فإنه يجبر على ذلك بطريق الحجز على أمواله وبيعها جبرا عنه واستيفاء الدين من ثمن بيعها بالمزاد العلنى ، ويتم التنفيذ عن طريق السلطة العامة تحت إشراف القضاء [3] ورقابته بناءاً على طلب الدائن [1].

---

(1) يراجع : الوسيط د / عبد الرزاق السنهورى 8 / 532 ، 533 ، الوجيز فى الحقوق العينية د/ محمود جمال الدين زكى 52 ، الحقوق العينية الأصلية د / محمد كامل مرسى 1 / 216 وما بعدها الموجز د/ حسن كيره 73 ، 89 ، حق الملكية د / عبد المنعم البدراوى 19 / 20 ، 79 .

(2) يراجع : إجراءات التنفيذ فى المواد المدنية والتجارية د / أحمد أبو الوفا ص16 ط : 1982م ، منشأة المعارف بالإسكندرية ، قواعد التنفيذ الجبرى فى قانون المرافعات د / عزمى عبد الفتاح ص 5 ، 6 ط، دار الفكر العربى– القاهرة 1994م ، الوجيز فى التنفيذ الجبرى د / عبد الحكم أحمد شرف، د/ السعيد محمد الأزمازى ص 6 ط 2004م .

(3) السلطة العامة التى يتم التنفيذ عن طريقها تسمى بالسلطة التنفيذية ، وهى فى الدولة الإسلامية : الموظفون المنوط بهم تنفيذ أوامر الشرع الإسلامى ، وفى مقدمتهم رئيس الدولة ، سواء سمى خليفة أو إماما أو أميرا أو سلطانا أو ملكا أو أى أسم أخر ، ومن أعضائها الوزراء والولاة على الأقاليم وقادة الجيوش ورجال الشرطة والمحتسبون والعمال ، وسائر الموظفون فى الدولة الإسلامية . والسلطة التنفيذية فى القانون الوضعى هي الحكومة كما نص على ذلك دستور 1971م ، وهي الهيئة التنفيذية والإدارية العليا للدولة ، وتتكون من رئيس الوزراء ونوابه ، والوزراء ونوابهم ، وجميع الموظفين ولها اختصاصات متعددة ذكرتها المادة 156 من دستور 1971 منها : تنفيذ القوانين والمحافظة على أمن الدولة وحماية حقوق المواطنين ومصالح الدولة . يراجع : السياسة الشرعية د / عبد الله القاضى 565 ، محاضرات فى النظرية العامة فى القانون الدستورى د / محمد بكر حسين 183 ، 184 ط : 1406هـ ، الوجيز فى المبادئ الدستورية العامة د / فؤاد النادى 218 .

المطلب الثالث

الموازنة بين موقف الفقه الإسلامى والقانون الوضعى من تعريف التملك الجبرى

بعد بيان تعريف الملك أو التملك الجبرى فى الفقه الإسلامى ، وحق الملكية ونزع الملكية الجبرى أو التنفيذ الجبرى فى القانون الوضعى يتضح لى ما يأتى :

لقد اتفق القانون الوضعى مع الفقه الإسلامى فى أن حق الملك أو التملك يثبت للشخص ولا يجوز حرمان أحد من حقه فى التملك ، وحق الملكية مصون لا يجوز الاعتداء عليه إلا فى الأحوال التى نصت عليها الشريعة الإسلامية والقوانين الوضعية .

اتفق القانون الوضعى مع الفقه الإسلامى فى أن التملك له قيود تستهدف تحقيق مصالح مشروعة كقيد الشفعة والتسعير الجبرى ، وأن التملك الجبرى يكون لمال المدين الممتنع عن الوفاء ، واستملاك الأراضى للصالح العام ، وغير ذلك مما يكون بحق كبيع الرهـــن .

فلذا : نستطيع أن نقف على تعريف للتملك الجبرى اتفق عليه القانون الوضعى مع الفقه الإسلامى وهو " أخذ ملك الغير أو بدله قهرا لقضاء دين أو أداء حق واجب عليه أو لدفع ضرر عام أو خاص ، أو تحقيق مصلحة عامة مشروعة بعد دفع التعويض العادل المناسب واتخاذ الإجراءات اللازمة لنزع هذا الملك .

---

(1) يراجع : المدخل للعلوم القانونية د / لاشين محمد الغاياتي ص 36 ط 1403 هـ - 1983م .

المبحث الثالث
فى مشروعية التملك الجبـرى

وفيه ثلاثة مطالب :

المطلب الأول : مشروعية التملك الجبرى فى الفقه الإسلامى .

المطلب الثانى : مشروعية التملك الجبرى فى القانون الوضعى .

المطلب الثالث : الموازنة بين موقف الفقه الإسلامى والقانون الوضعى من مشروعية التملك الجبري .

المطلب الأول
مشروعية التملك الجبري فى الفقه الإسلامى

لقد ثبتت مشروعية التملك الجبرى فى الفقه الإسلامى إذا كان بحق بأدلة كثيرة من السنة [1] والآثار [2] منها :

من السنـــة : ما روى عن كعب بن مالك [3] أن النبى – صلى الله عليه وسـلم –" باع مال معاذ بن جبل فى دين كان عليه " [1] .

---

(1) السنة لغة الطريقة والسيرة : وسنة النبى – صلى الله عليه وسلم – ما ينسب إليه من قول أو فعل أو تقرير . واصطلاحا : ما صدر من الرسول – صلى الله عليه وسلم – من الأدلة الشرعية من قول أو فعل ليس بمتلو ولا معجزة . يراجع : المصباح المنير 176 كتاب السين مادة سنة ، والمعجم الوسيط 481 ، الإحكام فى أصول الأحكام لسيف الدين أبى الحسن على الآمدي 1 / 127 ط : مكتبة محمد على صبيح وأولاده ، الإبهاج فى شرح المنهاج للشيخ على السبكى على منهاج الوصول إلى علم الأصول للقاضى البيضاوى 2 / 288 ، ط : مكتبة الكليات الازهرية 1401 هـــ .

(2) الآثار : جمع أثر والأثر العلامة وما خلفه السابقون ، والخبر المروى ، والسنة الثابتة ، والحديث رواه ونقله عن غيره ، والمأثور ، المكرمة لأنها تنقل ويتحدث بها ، يراجع : المصباح المنير 9 ، كتاب الألف مادة أثر ، المعجم الوسيط ص 25 كشاف اصطلاحات الفنون للشيخ محمد على التهانوى 1 / 95 ط: 1382هـــ ، وزارة الثقافة والإرشاد حققه د/ لطفى عبد البديع .

(3) كعب بن مالك : هو أبو عبد الله كعب بن مالك بن عمرو بن القينى الأنصارى السلمى المدنى ، أحد شعراء الرسول " صلى الله عليه وسلم " الثلاثة (حسان بن ثابت – عبد الله بن رواحة ، كعب بن مالك) شهد سائر المشاهد إلا بدر وتبوك ، وكان أحد الثلاثة الذين خلفوا فى غزوة تبوك ، وأحد السبعين ليلة العقبة ، وجرح يوم أحد أحد عشر جرحا ، روى عنه أولاده عبد الله وعبيد الله ومحمد ، وجابر وأبو أمامة وغيرهم ، وله ثمانين حديثا . وتوفى-

ومن الآثار : **ما فعله عمر بن الخطاب** [2] ، وعثمان بن عفان– رضى الله عنهما – [3] حينما ضاق المسجد الحرام وأرادوا شراء بعض الدور المحيطة به ، فوافق البعض ، وأبى البعض لحاجتهم إليها ، فأخذاها منهم جبراً ووضعا قيمتها فى بيت المال حتى أخذها أصاحبها تقديما للمصلحة العامة [4] .

فإذا كان أساس العقود فى الإسلام هو الرضا عملا بقوله تعالى ﴿ **يا أيها الذين آمنوا لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل إلا أن تكون تجارة عن تراض منكم..** ﴾ [5].

=بالمدينة سنة 50 هـ وقيل 53 رحمه الله تعالى . يراجع : شذرات الذهب 1 / 56 ، الأعلام 5 / 228 ، 229 ، تهذيب الأسماء واللغات للنووى 2 / 378 .

(1) يراجع : السنن الكبرى للبيهقى 6 / 48 ط : دار الفكر ، سنن الدراقطنى 4 / 231 ، ط : دار المحاسن ، المصنف لعبد الرزاق 8 / 268 ، حديث رقم 15177 ط : المكتب الإسلامى ، سبل السلام للصنعانى 3 / 113 ط : دار الريان للتراث ، نيل الأوطار شرح منتقى الأخبار للشوكانى 5 / 292 ط : دار الحديث ، والحديث مرسل ، وقال عبد الحق : المرسل أصح من المتصل ، وقيل : حديث ثابت .

(2) عمر بن الخطاب : هو عمر بن الخطاب بن نفيل القرشى ، ولد قبل البعثة بثلاثين سنة ، أسلم فى السنة السادسة من الهجرة ، ولقبه الرسول صلى الله عليه وسلم بالفاروق ، وكناه بأبى حفص ، ودعا له أن يعز الإسلام به فأجاب الله دعاءه فيه ، وتولى خلافة المسلمين ثلاث عشرة سنة ، وأول من لقب بأمير المؤمنين وأرخ التاريخ الهجرى ، وتوفى النبى صلى الله عليه وسلم وهو عنه راض . يراجع : الإصابة فى تمييز الصحابة لابن حجر 7 / 74 ط : دار نهضة مصر ، أسد الغابة فى معرفة الصحابة 4 / 145 ، تذكرة الحفاظ للذهبى 1 / 5 وما بعدها ، ط : دار الفكر العربى ، صفة الصفوة لابن الجوزى 1 / 268 نشر دار الوعى – حلب ، الأعلام للزركلى 5 / 45 شذرات الذهب 1 / 33 .

(3) عثمان هو : عثمان بن عفان بن أبى العاص بن أمية القرشى المكى ثم المدنى أمير المؤمنين أبو عبد الله ثالث الخلفاء الراشدين ، وأحد العشرة المبشرين بالجنة . أسلم قديما هاجر الهجرتين ، ذو النورين لتزوجه بنتى رسول الله صلى الله عليه وسلم إحداهما بعد الأخرى ، ولد فى السنة السادسة بعد عام الفيل ، وقتل سنة 35 بالمدينة وهو ابن تسعين سنة ، روى 146 مائة وستة وأربعون حديثا وروى عنه من الصحابة والتابعين خلائق كثيرة ، بويع بالخلافة سنة أربع وعشرين ، وحج بالناس عشر سنين ، يراجع : أسد الغابة 3 / 584 وما بعدها رقم الترجمة 3583 ، صفة الصفوة 1 / 112 ، شذرات الذهب 1 / 40 ، تهذيب الأسماء واللغات للنووى 1 / 298 ط : دار الفكر – بيروت 1416هـ ، الأعلام 4 / 371 .

(4) يراجع : سنن البيهقى 6 / 168 ، المصنف لعبد الرزاق 8 / 89 رقم 14383 ، تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق للزيلعى 3 / 333 ، حاشية رد المحتار على الدر المختار لابن عابدين 4 / 379 ط : دار الفكر – بيروت 1412هـ .

(5) جزء من الآية رقم 29 من سورة النساء .

إلا أن هناك حالات مستثناه من هذا الأساس يتأتى فيها نقل الملك جبرا ، ترجيحا لمصلحة عامة على مصلحة خاصة ، أو ترجيحاً لدفع ضرر على جلب مصلحة .

ولقد ذكر الفقهاء أن من أسباب الملك : العقد ولو كان إجباريا كما فى الشفعة[1]، فللشفيع أن يتملك العقار المبيع جبرا على مشتريه بما قام عليه من الثمن والكلفة .

فالملك الخاص ينزع من صاحبه جبراً بقيمته إن لم يرض بذلك مختارا وذلك لقضاء دين واجب عليه، وهذا ما فعله النبى صلى الله عليه وسلم مع معاذ بن جبل- رضى الله عنه - وللقاضى أن ينوب عنه فى بيع ماله ليوفى ما عليه ترجيحا لمصلحة الدائن على مصلحة المدين الناتجة عن عدم بيع ماله إلا بإذنه ، لأن الممتنع عن أداء دينه كان ظالما ، وللقاضى أن يرفع هذا الظلم .

وينزع الملك مراعاة للمصلحة العامة كإنشاء مستشفى أو مدرسة أو جامعة أو مسجد ويدل على ذلك فعل عمر وعثمان - رضى الله عنهما - وكان ذلك بمحضر من الصحابة ولم ينكر عليهما ، فكان ذلك كالإجماع [2]، ولأن هذا يؤدى إلى استقرار المعاملات بين الناس [1].

---

(1) الشفعة لغة : مأخوذة من الشفع وهو الضم والزيادة ، ضد الوتر .

وشرعا : حق التملك فى العقار لدفع ضرر الجوار.

يراجع : لسان العرب 8 / 183 ط : دار صادر . باب العين فصل الشين ، مجمع الأنهر 2 / 472 ، الفتاوى الهندية 5 / 160 وسيأتى مزيد من التفصيل لتعريف الشفعة .

(2) الإجماع : لغة العزم والإتفاق يقال : أجمعت عليه ، عزمت عليه ، وأجمعوا على الأمر ، اتفقوا عليه، واصطلاحا : اتفاق أهل الحل والعقد وهم المجتهدون من أمة سيدنا محمد " صلى الله عليه وسلم " بعد وفاته فى عصر على أمر من الأمور .

يراجع : المصباح المنير 69 كتاب الجيم مادة جمع ، المعجم الوسيط باب الجيم ص 156 ، تهذيب الأسماء واللغات للنووى 3 / 51 ط : دار الفكر ، نهاية السول شرح منهاج الأصول المسمى بشرح الأسنوى للإمام جمال الدين الأسنوى 2 / 275 ط : محمد على صبيح ، منهاج العقول شرح منهاج الوصول المسمى بشرح البدخشى للإمام محمد بن الحسن البدخشى 2 / 273 ط : محمد على صبيح الإبهاج للسبكى 2 / 389 .

ويعد هذا إجماعا سكوتيا لأن الإجماع : إما أن يكون صريحا قولا أو فعلا . كاتفاق المجتهدين عن طريق ابداء كل منهم رأيه صراحة أو بعمل كل واحد منهم كإجماعهم على خلافة أبى بكر ومعاملتهم بالمزارعة - وقد يكون الإجماع غير صريح وهو الإجماع السكوتى وهو أن يعمل بعض المجتهدين فى عصر عملا أو يبدى رأيا صريحا فى مسألة-

فلذا كان التملك الجبرى مشروعا إذا كان بحق بل مطلوبا ، وجعله بعض الفقهاء واجباً كتوسيع مسجد ضاق على المسلمين أو توسيع طريق عام ، أو جبر المدين المماطل على دفع ما عليه من ديون ، أو نفقة واجبة ، وغير ذلك من الصور والحالات التى يكون التملك فيها بحق ، والتى ستظهر إن شاء الله تعالى من خلال ثنايا هذا البحث .

أما إذا كان التملك الجبرى بغير حق ، كمن أخذ مال الغير جبراً وقهراً أو خفية بغير حق كالغصب [2] والسرقة [3] ، وغير ذلك من الدوافع الأنانية والإنتقامية التى يلجأ إليها الأفراد أو الحكام للتضييق على الناس ، أو الإنتقام منهم بطريقة منافية للعدل ومخالفة للمبادئ الإنسانية فإنه يكون غير مشروع [4].

-اجتهادية عن طريق فتوى أو قضاء ويسكت باقى المجتهدين عن إبداء رأيه بالموافقة أو المخالفة بعد علمهم بالعمل أو الحكم سكوتا مجردا عن أمارات الرضا أو السخط مع مضى زمن يكفى للبحث والنظر .

يراجع : بحوث فى أصول الفقه د / عبد الفتاح حسينى الشيخ 180-183 ط 1407هـ - 1986م

(1) يراجع : الملكية ونظرية العقد فى الشريعة الإسلامية د / أحمد فراج حسين ص 35، الملكية والشفعة د / عبد العظيم شرف الدين ص 29 وما بعدها ، الطبعة الأولى 1988م .

(2) الغصب لغة : مأخوذ من غصب الشيء غصبا : أخذه قهرا وظلما مالا كان أو غير مال . يراجع : المعجم الوسيط باب الغين مادة غصب ، المصباح المنير 266 ، كتاب الغصب مادة غصب ، تهذيب الأسماء واللغات 3 / 241 .

وشرعا : الاستيلاء على حق الغير عدوانا ، وقيل : أخذ مال قهرا تعدياً بلا حرابة . يراجع : الشرح الكبير لأبى البركات أحمد الدردير بهامش حاشية الدسوقى 3 / 442 ، ط : دار إحياء الكتب العربية ، مغنى المحتاج 2 / 372

(3) السرقة لغة : أخذ المال خفية . ينظر : المعجم الوسيط 453 باب السين مادة سرق .

وشرعا : أخذ المال خفية ظلما من حرز مثله بلا شبهة . يراجع : حاشية قليوبى 4 / 186 ، كشاف القناع 6 / 129 .

(4) يراجع : الشرح الكبير وحاشية الدسوقى للشيخ محمد عرفه الدسوقى 3 / 6 ، مجلة البحوث الفقهية المعاصرة ص 16 العدد 44 السنة الحادية عشر .

المطلب الثانى

مشروعية التملك الجبرى فى القانون الوضعى

لقد أباح المشرع الوضعى وأجاز التملك الجبرى إذا كان بحق ، ونص على ذلك فى مواضع عدة متفرقة ، فنصت المادة 199 من القانون المدنى على أن ينفذ الإلتزام جبرا على المدين .

ومحل التنفيذ الحصول على مال معين جبراً عن المدين سواء كان تنفيذاً مباشراً أو بطريق الحجز والبيع [1] ونصت المادة 805 من القانون المدنى على أنه : " لا يجوز أن يحرم أحد ملكه إلا فى الأحوال التى يقررها القانون وبالطريقة التى يرسمها ويكون ذلك فى مقابل تعويض عادل " .

والمادة 809 من القانون المدنى على أنه " يجب على مالك الأرض أن يسمح بأن تمر بأرضه المياه الكافية لرى الأراضى البعيدة عن مورد المياة .... " .

والمادة 2 / 8 نصت على حق المرور ، والمادة 808 على حق الشرب .

والمادة 935 نصت على أن الشفعة " رخصة تجيز فى بيع العقار الحلول محل المشترى فى الأحوال وبالشروط المنصوص عليها " .

وتنص المادة 1051 من القانون المدنى على أنه " للدائن بعد التنبيه على الدين بالوفاء أن ينفذ بحقه على العقار المرهون ويطلب بيعه " .

والمادة 1121 " يجوز للدائن الذى لم يستوف حقه أن يطلب من القاضى الترخيص له فى بيع الشيء المرهون أو يأمر بتمليكه إياه ...... " .

ومن خلال هذه النصوص السابقة يتضح لنا : أن المشرع الوضعى أجاز نزع الملك جبراً عن صاحبه فى الحالات التى ينص عليها القانون ، ويتملك صاحب الحق حقه من ثمن الشيء المنزوع أو من قيمته سواء كان دائنا أو صاحب مصلحة

---

(1) يراجع : مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدنى 2 / 496 ط : دار الكتاب العربى ، الوجيز فى الحقوق العينية الأصلية د / محمود جمال الدين زكى 728 (مرجع سابق) .

أو كان ذلك لدفع ضرر ، جبرا عن المالك بالطرق المشروعة التى نص عليها القانون بعد إتخاذ الإجراءات اللازمة فى ذلك[1] .

فأباح المشرع الوضعى نزع الملكية للمنفعة العامة ، والاستيلاء المؤقت على العقارات للمنفعة العامة ، ولقد وردت قيود قانونية على الملكية كثيرة ومتنوعة منها ما هو للصالح العام ومنها ما هو للصالح الخاص ، وردت بعضها فى المجموعة المدنية ، وبعضها فى قوانين ولوائح خاصة كالقانون رقم 10 لسنة 1990 الخاص بشأن نزع ملكية العقارات للمنفعة العامة وقانون الرى والصرف وكل منهما مقرر للمصالح العامة [2] .

ولقد تدخل المشرع الوضعى فى نظام العقد [3] من حيث إنشائه ومن حيث آثاره:

فالمشرع يلزم شخصا معينا بإبرام عقد مع آخر ، كما هو الحال بالنسبة إلى بيع السلع المسعرة جبريا . وتدخل فى ترتيب آثار العقد ، فيمنح القاضى سلطة لم تكن له فى الماضى ، وهى سلطة تجاوز المألوف من صلاحيات القاضى ، ويبتغى بها المشرع الوضعى تعديل آثار العقد ، بل حتى إهدارها إذا اقتضت ذلك العدالة ، والمصلحة ، كالسلطات التى منحها المشرع الوضعى للقاضى فى صدد عقود الاذعان [4] .

---

(1) يراجع : مجموعة الأعمال التحضيرية 7 ، 58 ، 262 ، الموجز فى أحكام القانون المدنى د / حسن كيرة 515 .

(2) يراجع : الوسيط د / عبد الرزاق السنهورى 8 / 615 ، 616 (مرجع سابق) ، الحقوق العينية الأصلية د / محمد كامل مرسى 1 / 234 ، حق الملكية د / عبد المنعم البدراوى 107 ، نزع الملكية للمنفعة العامة د / محمد بكر حسين ص 26 ط 1991 مكتبة السعادة بطنطا .

(3) العقد هو توافق إرادتين أو أكثر على إحداث أثر قانونى سواء كان ذلك الأثر هو إنشاء التزام كعقد البيع ، أو نقله كالحوالة التى تنقل الحق من دائن إلى آخر ، أو إنهائه بالوفاء أو الإبراء ،
يراجع : النظرية العامة للالتزامات (نظرية العقد) د / عبد الرزاق السنهورى 79 – 81 ط . دار الفكر.

(4) يراجع : نظرية العقد والإدارة المنفردة د / عبد الفتاح عبد الباقى ص 40 / 41 ط 1984م .

فتدخل المشرع الوضعى فى نظام إنشاء العقد وترتيب آثاره يدل على مشروعية التملك الجبرى ، وأباح المشرع الوضعى للدائن إذا لم يقم مدينه بالوفاء بالدين طواعية واختيارا أو نازع فى أصل الدين ومقداره ، أن يلجأ إلى القضاء لكى يحصل على حكم يحسم به الشكوك التى ثارت حول حقه ثم يسعى إلى تنفيذ هذا الحكم بالحصول جبرا على حقه الذى لم يستطع الحصول عليه بإرادة المدين .

فالملكية تنتقل جبرا على صاحبها بإرادة من تنتقل إليه دون إرادة المالك نفسه ، مادام هذا التملك بحق مشروع ، وأبرز ما تكون هذه الظاهرة فى الشفعة ، والمزاد الجبرى عند تنفيذ الدائن على أموال مدينه ، ونزع الملكية للمنفعة العامة ، والمصادرة [1] .

---

(1) يراجع : الوسيط د / عبد الرزاق السنهورى 9 / 10 ، 11 ، قواعد التنفيذ الجبرى د / عزمى عبد الفتاح ص 6 . الوجيز فى التنفيذ الجبرى د / عبد الحكم شرف ص 6 .

المطلب الثالث

الموازنة بين مشروعية التملك الجبرى

فى الفقه الإسلامى والقانون الوضعى

بعد بيان موقف الفقه الإسلامى من مشروعية التملك الجبرى وكذا القانون الوضعى يتضح لى : أن القانون الوضعى اتفق مع الفقه الإسلامى على إباحة التملك الجبرى ، بل فى بعض الأحوال جعلوا ذلك واجبا ، وعلى الأفراد أن يلتزموا بذلك .

وإن كان المشرع الوضعى قد وضع النصوص التى تنص على عدم جواز تجريد أحد من ملكه تعسفاً إلا فى الأحوال التى ينص عليها القانون ، لأن الملكية مصونة ولا يعتدى عليها .

إلا أن للإسلام فضل السبق فى تقرير ذلك منذ أكثر من أربعة عشر قرناً من حرمة الملكية وعدم جواز الاعتداء عليها ، ليحافظ الإسلام على أموال الناس وصيانة حقوقهم ، فلا يجوز لولى الأمر ولا لغيره أن يتعرض لأموال الأفراد بغير حق ، وهذا هو الأصل فى الظروف العادية .

أما فى الظروف الاستثنائية وفى سبيل المصلحة العامة فلولى الأمر أن يجاوز ذلك .

فله نزع الملكية جبراً عن أصحابها فى الأحوال التى أباحتها الشريعة الإسلامية والقوانين الوضعية ، والتى ستضح فى المبحث القادم إن شاء الله تعالى .

فإباحة مشروعية التملك الجبرى تؤدى إلى استقرار المعاملات بين الناس ، لأن أصحاب الأموال إذا عرفوا أن القانون يحميهم من المدينبن ، ومن قبله الشريعة الإسلامية أقبلوا على التعامل وهم مطمئنون .

والله تعالى أعلم .

المبحث الرابع
فى حالات التملك الجبرى

وفيه ثلاثة مطالب :

المطلب الأول : حالات التملك الجبري فى الفقه الإسلامى .

المطلب الثانى : حالات التملك الجبري فى القانون الوضعى .

المطلب الثالث : الموازنة بين موقف الفقه الإسلامى والقانون الوضعى من حالات التملك الجبري .

المطلب الأول
حالات التملك الجبرى فى الفقه الإسلامى

إن من أسباب التملك فى الفقه الإسلامى: العقود الناقلة للملكية كالبيع [1] والوصية [2]، وهي من أهم مصادر الملكية ، وأعظمها شأنا وأكثرها وقوعا فى الحياة المدنية ، لأنها تمثل النشاط الاقتصادى الذى يحقق حاجات الناس عن طريق التعامل وإشباع رغباتهم .

---

(1) البيع لغة : مبادلة مال بمال ، أو مبادلة سلعة بمال ، وهو مصدر باع يبيعه بيعا ، ومبيعا ، أعطاه إياه بثمن ، وباعه : اشتراه فهو بائع وبياع وجمعه بيوع ، وهو من الأضداد مثل الشراء .

واصطلاحا : عقد معاوضة مالية يفيد ملك عين أو منفعة على التأبيد لا على وجه القربة .

يراجع : لسان العرب 1 / 401 ، باب العين فصل الباء ، حاشية الشيخ سليمان الجمل 3/ 4 ؛ ط : دار الفكر ، حاشية البجيرمى 3 / 298 ط : المكتبة التوفيقية .

(2) الوصية لغة : الإيصال ، يقال : وصى الشيء بالشيء يصيه ، إذا أوصله به ، لأن الموصى وصل خير دنياه بخير عقباه .

واصطلاحا : تبرع بحق مضاف ولو تقديرا لما بعد الموت ، أو تمليك مضاف إلى ما بعد الموت .

يراجع : لسان العرب 5 / 4853 باب الياء فصل الواو ، المصباح المنير 393 كتاب الواو مادة وصي . مغنى المحتاج 3 / 49 . التعريفات للجرجانى 326 .

ويدخل فى العقود التى سبب مباشر للملكية العقود الجبرية والتى تجرى بواسطة القضاء [1] مباشرة وصراحة بالنيابة عن المالك ، أو عمن تجب عليهم إذا امتنعوا عن إجرائها ، أو تقوم السلطة المختصة بإجبارهم على إجرائها بأنفسهم .

وقد يكون التملك الجبرى عن طريق نزع الملكية جبرا للمصلحة العامة أو لدفع ضرر فحالات التملك الجبرى فى الفقه الإسلامى كثيرة ومتنوعة من أهمها:

1 – **بيع مال المدين الممتنع عن الوفاء : فمن وجب له دين وامتنع المدين عن الوفاء به ، فللقاضى أن يجبر المدين على قضاء ما عليه من دين ، فإن امتنع يجبره القاضى على بيع ماله للوفاء بدينه ، فإن امتنع يبيع القاضى عليه ماله جبرا عنه [2].**

2 – بيع الشيء المرهون [3] : فإن امتنع المدين الراهن عن قضاء دينه المرهون به أمره القاضى بالوفاء ، وإلا أجبره على البيع أو باع القاضى الشيء المرهون لقضاء الدين للمرتهن [1].

---

(1) القضاء لغة : الأداء و الحكم ، يقال : قضيت الدين أديته ، وقضيت بين الخصمين : حكمت.
واصطلاحا : إلزام من له الإلزام فى الوقائع الخاصة بحكم الشرع .
يراجع : المصباح المنير 301، 302 ، حاشية عميرة على منهاج الطالبين 4/ 296 .

(2) يراجع : بدائع الصنائع فى ترتيب الشرائع للإمام علاء الدين أبى بكر الكاسانى 5 / 193 ط : دار الفكر – بيروت ، البحر الرائق شرح كنز الدقائق للعلامة زين الدين بن نجيم الحنفى 8 / 98 ، دار المعرفة ، الذخيرة للإمام شهاب الدين أحمد بن إدريس القرافى 8 / 167 ط : دار الغرب – بيروت ، مغنى المحتاج 2 / 200 ، المحلى بالآثار للإمام أبى محمد على بن حزم الظاهرى 6 / 475 ، ط : دار الفكر ، شرائع الإسلام فى مسائل الحلال والحرام للشيخ أبى القاسم الحلى 2 / 89 ط : دار الأضواء – بيروت .

(3) الرهن لغة : مصدر رهن ، يقال : رهن عند فلان الشيء ، رهنا : حبسه عنده بدين فهو مرهون ورهن.
واصطلاحا : جعل عين مالية وثيقة بدين يستوفى من قيمتها عند تعذر الاستيفاء ممن هو عليه .
يراجع : القاموس المحيط 4 / 231 باب النون فصل الراء ، لسان العرب 3 / 1757 ، باب النون فصل الراء ، البيان فى مذهب الإمام الشافعى للشيخ أبى الحسين يحيى بن أبى الخير العمرانى 6 / 7 ، ط:المنهاج للطباعة ، كشاف القناع 3 / 320 ، وسيأتى مزيد من توضيحه ص : 122 .

3- بيع الشيء المحتكر : فمن اضطر إلى شيء عند غيره ومنعه منه وهو ليس فى حاجة إليه أجبره الحاكم على البيع ، كمن منع الطعام أو الدواء للمريض ، أو السلاح للمجاهدين أو غير ذلك مما لا غنى عنه [2].

4 – البيع بالسعر الذى يضعه ولى الأمر ويتملكه المشترى ولو كان جبرا عن البائع وهو ما يسمى بالتسعير الجبرى – فيجبر التجار على البيع بالسعر الذى سعر عليهم ولو لم يرضوا بذلك [3].

5 – بيع مال من وجب عليه النفقة [4] لغيره إذا امتنع عن الإنفاق – ويتملك المنفق عليه مقدار نفقته من هذا المال جبراً عن المنفق [5].

6 – من تثبت له الشفعة يتملك المشفوع فيه جبراً عن المشترى بثمنه أو بتكلفته عليه ، فالشفعة حق للشريك أو للجار فى تملك العقار جبراً على مشترية بما دفعه من ثمن ونفقات [6].

---

(1) يراجع : أسنى المطالب شرح روض الطالب للقاضى أبى يحيى زكريا الأنصارى 2 / 166 ط : دار الكتاب الإسلامى ، المغنى للشيخ موفق الدين أبى محمد بن قدامة 6 / 142 ط : دار الكتاب العربى .

(2) يراجع : بدائع الصنائع 5 / 193 ، كتاب النيل وشفاء العليل للشيخ ضياء الدين التميمى وشرحه للشيخ محمد بن يوسف أطفيش 8 / 179 ط : مكتبة الإرشاد ، جدة الطبعة الثالثة .

(3) يراجع : الطرق الحكمية فى السياسية الشرعية للإمام ابن قيم الجوزية 382 ، 383 . ط: دار المدنى – جده.

(4) النفقة لغة : مأخوذة من نفق الشيء نفقا ، فنى ، وأنفقته : أفنيته ، وهى اسم من الانفاق .

واصطلاحا : الإدرار على الشيء بما به بقاؤه .

يراجع : مختار الصحاح 304 باب النون مادة نفق، المصباح المنير 367، كتاب النون مادة نفق ، شرح فتح القدير 4 / 378 .

(5) يراجع : بلغة السالك لأقرب المسالك إلى مذهب الإمام مالك للإمام أحمد بن محمد الصاوى 1 / 487 ط : دار الفكر ، فقه الإمام جعفر الصادق عرض واستدلال 5 / 333 ط : دار الجواد .

(6) يراجع : المبسوط للإمام أبى بكر محمد السرخسى 14/91 ط : دار المعرفة . بدائع الصنائع 6/5 النيل 11 / 336 .

7 – **الاستملاك للصالح العام ، كاستملاك الأرض بسعرها العادل جبراً عن صاحبها للضرورة ، أو المصلحة العامة كتوسيع مسجد ، أو إنشاء مستشفى أو طريق ونحو ذلك بعد تعويض صاحبها** [1].

8 – نزع الملكية جبراً عند العجز عن الإعمار – كما فى الإقطاع [2] ، وإحياء الأرض الموات [3] إذا دفعها الإمام وأعطاها لمن يقوم بتعميرها واستصلاحها وعجز عن ذلك فإنها تنزع منه جبراً وتدفع لمن يقوم بتعميرها واستصلاحها[4].

9 – نزع الملكية عن طريق المصادرة ، وذلك إذا كان فى المال شبهة الحرام، فمن ملك شيئا عن طريق الرشوة [5] ، أو النهب [6] أو استغلال النفوذ ، وغير ذلك مما فيه شبهة الحرام فإنه ينزع منه وتتملكه الدولة جبرا عنه [7].

---

(1) يراجع : تبصرة الحكام فى أصول الأقضية ومناهج الأحكام للإمام برهان الدين المعروف بابن فرحون 2 / 150 ط : دار الكتب العلمية ، الأحكام السلطانية للإمام أبى الحسن الماوردى 162 ط:مصطفى البابى الحلبى ، الأحكام السلطانية للقاضى أبى يعلى الحنبلى 190 ط : دار الكتب العلمية .

(2) الإقطاع : اختصاص الإمام أحد الأفراد من رعيته بمساحة معينة من الأرض دون غيره ليقوم بعمارتها واستصلاحها على أن يتم هذا فى مدة معينة . يراجع : البيان العمرانى 7 / 493 هامش 1 .

(3) إحياء الأرض الموات : هو أن يعمد شخص إلى أرض لم يتقدم ملك عليها لأحد فيحييها بالسقى والزرع والغرس . يراجع : مغنى المحتاج 2 / 494 ، شرح الأزهار للشيخ محمد على الشوكانى 3 / 321 ط : دار إحياء التراث العربى .

(4) يراجع : حاشية الدسوقى 4 / 66 .

(5) الرشوة : أخذ مال لإبطال حق أو تنفيذ باطل ، أو ما يبذل ليحكم بغير حق أو يمنع عن الحكم بالحق يراجع : التعريفات للجرجانى 148 ، الشرح الكبير وحاشية الدسوقى 4 / 181 ، مغنى المحتاج 4 / 496 .

(6) النهب : الغارة . يقال : نهب الشيء نهباً ، أخذه قهراً ، وزمان النهب . أى الانتهاب ، وهو الغلبة على المال والقهر . يراجع : المصباح المنير 372 كتاب النون مادة نهب ، المعجم الوسيط 977 باب النون مادة نهب.

(7) يراجع : حاشية رد المحتار لابن عابدين 4 / 61 .

10 – التمكين من الحقوق الواجبة ، كحقوق الارتفاق من مرور ، وشرب ، وصرف، أو إجبار الشريك على قسمة الشيء المشترك وتمكين شريكة من حقه الواجب جبراً عنه [1].

11 – رد الحقوق لأصحابها إذا كانت موجودة أو قيمتها إذا لم تكن موجودة ، كجبر الغاصب والسارق على رد الشيء المغصوب أو المسروق ، وجبر الملتقط على رد اللقطة [2] إذا عرفها صاحبها ، وجبر المستعير على رد العارية [3] والمودع على رد الوديعة [4]. وأخذ الشيء جبرا عن حائزة إذا وجده مالكه وهو ما يسمى بالظفر بالحق [5].

---

(1) يراجع : تكملة شرح فتح القدير (نتائج الأفكار في كشف الرموز والأسرار) لشمس الدين أحمد بن قودر المعروف بقاضي زادة أفندى 82/10 ط : مطبعة مصطفى البابي الحلبي ، المنتقى شرح موطأ الإمام مالك للشيخ أبي الوليد سليمان بن خلف الباجي 48/6 ط : دار الكتاب العربي – بيروت ، مغني المحتاج 587/2.

(2) اللقطة لغة : مأخوذة من لقط بمعنى آخذ وهي اسم للشيء الذي تجده ملقى على الأرض فتأخذه .
واصطلاحا : الشيء الذي تجده ملقى فتأخذه أمانة .
يراجع : المصباح المنير 330 ، 331 ، كتاب الأم مادة لقط ، بدائع الصنائع 6 / 304 .

(3) العارية لغة : مأخوذة من التعاور وهو التداول .
واصطلاحا : إباحة الإنتفاع بملك الغير بما يحل به الانتفاع مع بقاء عينه ليرده .
يراجع : المعجم الوسيط 667 باب العين مادة عاد ، تكملة شرح فتح القدير 3/9 ، مغني المحتاج 356/2.

(4) الوديعة لغة : مأخوذة من ودع بمعنى ترك .
واصطلاحا : توكيل بحفظ مال غيره تبرعا .
يراجع : مختار الصحاح 321 ، باب الواو مادة ودع ، الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف لعلاء الدين أبي الحسن المرداوي 6 / 316 ط : دار إحياء التراث العربي .

(5) يراجع : فيما سبق : البحر الرائق 7 / 275 ، كشاف القناع 4 / 182 ، النيل 13/ 474 . الموسوعة الفقهية الميسرة ص 53 ، 375 ، الفقه الإسلامي وأدلته د / وهبة الزحيلي 4 / 2913 . المدخل الفقهي العام د / مصطفى الزرقا 1 / 105 ط : دار الفكر ، الملكية ونظرية العقد د / أحمد فراج حسين ص 35 ، الملكية والشفعة د / عبد العظيم شرف الدين ص 8 ، 29 الطبعة الأولى 1988 القاهرة.
وغير ذلك من الحالات التي أباحها المشرع الوضعي ، والتي ستضح من خلال ثنايا هذا البحث .

ولكل حالة من الحالات السابقة للتملك الجبرى حكمها الخاص بها وسيتضح ذلك من خلال ثنايا هذا البحث إن شاء الله تعالى كل فى موضعه .

المطلب الثانى

حالات التملك الجبرى فى القانون الوضعى

الأصل أن ملكية الأشياء لا تنتقل من يد مالكها إلى غيره إلا برضاه وإرادته ، لأن القانون الوضعى يحمى المالك حماية شاملة ، فيمنع الغير من الاعتداء على ملكه ، ويدع فى يده سلاحا قويا فى دعوى الاستحقاق يسترد بموجبها ملكه من تحت يد أى حائز لها غاصباً كان أو غير غاصب .

ولكن إذا كانت الإرادة حرة فى تحديد التصرف وأثره التى تنشئه بالنسبة إلى صاحبها وفى الحدود التى لا تمس الغير ، إلا أن هذا المبدأ – مبدأ سلطان الإرادة – أخذ يتقلص وينتكس ابتداءا من القرن العشرين تحت تأثير المبادئ الاشتراكية التى أخذت تتغلغل وبسرعة داخل المجتمع الحديث .

فمبدأ سلطان الإرادة نتيجة طبيعة للنزعة الفردية التى تقدس إرادة الفرد ، إلا أن هذا لا يتفق مع مبدأ الاشتراكية التى أساسها صالح الجماعة لا الفرد ، فهى تعمل على منع تسلط القوى على الضعيف عن طريق تقييد إرادة الأول لصالح الثانى حتى تصل إلى المساواة الفعلية بين الطرفين .

وأهم قيود مبدأ سلطان الإرادة :

1 – **حماية الجانب الضعيف فى التصرف القانونى : حيث يقيد القانون إرادة الجانب القوى بالشكل الذى يمنع به تسلطه على الجانب الضعيف ، ومن أمثلة ذلك عقود الإذعان التى يضع أحد طرفيها شروطها ، ولا يقبل مناقشة فيها ، ويقتصر دور الطرف الآخر على مجرد التسليم كشروط عقود الكهرباء ، والنقل العام ، فيحد القانون من حرية الطرف القوى الذى يملى شروط العقد ، لصالح الطرف الضعيف المذعن – وذلك بأن يمنح القاضى سلطة تعديل الشروط التعسفية التى قد يشملها العقد ، أو أن يعفى الطرف المذعن منها .**

2 – حماية صالح الجماعة . حيث يعمد القانون الوضعى إلى الحد من دور الإرادة من ترتيب الآثار القانونية للتصرفات ابتغاء وجه الصالح العام ، كما هو الشأن

فى بيع السلع بالسعر الذى تضعه الدولة دون تدخل لإرادة الطرف البائع ؛ وذلك لرفع الحرج والعنت عن الجماعة . وإذا تعارض حق الملكية مع مصلحة عامة فالمصلحة العامة هى التى تقدم ولو أدى ذلك إلى إلغاء هذا الحق وذلك ما فعله المشرع الوضعى من إباحة نزع الملكية للمنفعة العامة .

وإذا تعارض حق المالك مع مصلحة خاصة هى أولى بالرعاية من حق المالك؛ فهى التى تقدم ، وهذا أبلغ مظهر من مظاهر التضامن الاجتماعى ، ويجب الموازنة بين مصلحة المالك ومصلحة الأجنبى ، فما كان أولى بالرعاية وجب تقديمه ، حتى تكون الملكية قد أدت وظيفتها ، ولاشك أن مصلحة الدائن أولى من مصلحة المدين؛ والشفيع مصلحته أولى من المشترى الأجنبى ، والمرتهن مصلحته أولى لاستيفاء دينه من الراهن .

فإذا كان المشرع الوضعى يعترف للإرادة بالقدرة على إحداث الآثار القانونية إذا اتجهت لذلك ، ولا يجوز لأحدهم نقضه أو تعديله إلا باتفاقهم ، حيث نص على أن **" العقد شريعة المتعاقدين "** م 147 / 1 مدنى إلا أنه لم يترك هذا المبدأ على إطلاقه بل قيده بقيود كثيرة منها فى القانون المدنى قواعد التسعير الجبرى ، فلذلك أباح المشرع الوضعى فى بعض العقود أن تنعقد بإرادة واحدة دون اعتبار للرضا من الطرف الأخر ، وأباح التملك الجبرى وله حالات كثيرة منها :

(1) ما يملك قهرا لتحقيق مصلحة عامة تعلقت به ويشمل :

أ – نزع الملكية للمنفعة العامة كتوسيع مسجد أو بناء مدرسة أو توسيع طريق.

ب – نزع الملك لعدم استصلاحه وتعميره أو تجاوز الملكية الزراعية حدها الأقصى.

ج – نزع الملك عن طريق المصادرة أو تأميم المشروعات الخاصة أى نقلها إلى القطاع العام .

(2) ما يملك قهرا لتحقيق دفع مضرة عن فرد هى أولى بالاعتبار ويشمل :

أ – نزع الملك جبرا فى التنفيذ على أموال المدين أو بيع الشيء المرهون أو بيع المال لحق واجب كالنفقة .

ب – نزع الملك فى حق الشفعة وحق الاسترداد وفيهما يجبر المالك على بيع ملكــه لشخص معين دون المشترى الأصلى .

ج – نزع الملك فى القسمة للأشياء المشتركة وتملك الشريك لحقه جبرا عن شريكه.

د – التملك الجبرى عن طريق التمكين من حقوق الارتفاق ، حيث يجوز للجار أن يجبر المالك على أن تمر بأرضه المياه الكافية من رى وصرف أو أن يمر بأرضه بعد دفع التعويض العادل .

هـــ– التسعير الجبرى وفيه يجبر المالك على بيع سلعته بثمن لا يجاوز حداً معينا[1].

---

(1) يراجع فيما تقدم :

دروس فى مصادر الالتزام أ 0د/ لاشين محمد الغناياتى ص23 وما بعدها ط 1403 /1983م نظرية العقد والإرادة المنفردة د / عبد الفتاح عبد الباقى ص 41 – 46 .

الوسيط فى شرح القانون المدنى د / عبد الرزاق السنهورى 8/ 532 ، 533 ، 555 ، 557 ، 559 ، 618، عقد الإذعان أ . د / لاشين الغاياتى ص 1008 بحث منشور بمجلة كلية الشريعة والقانون بطنطا – العدد الأول 1406هـــ – 1986م.

المطلب الثالث

الموازنة بين موقف الفقه الإسلامى والقانون الوضعى من حالات التملك الجبرى

بعد بيان موقف الفقه الإسلامى والقانون الوضعى من حالات التملك الجبرى يتضح لى ما يأتى :

لقد اتفق القانون الوضعى مع الفقه الإسلامى على أن الملكية لا تنتقل إلا بالرضا والاختيار إلا فى حالات معينة فيجوز فيها التملك الجبرى – أى تنتقل الملكية بدون رضا الطرف الأخر وبذلك يكون القانون الوضعى قد وافق ما ذهب إليه الفقهاء المسلمون من حالات التملك الجبرى التى تبيح للشخص أو للدولة أن يتملك ملك الغير قهرا عنه فى الأحوال وبالشروط التى وضعها الفقه الإسلامى والقانون الوضعى . .

وإن كان بين القانون الوضعى والفقه الإسلامى خلاف فى بعض الحالات إلا أن هذا الخلاف يكون فى الإجراءات التى تتبع عند التملك من حيث التنفيذ على أموال المدين وطرق بيعها ، وسيظهر هذا الاختلاف فى موضعه إن شاء الله تعالى من هذا البحث .

المبحث الخامس
فى أسباب التملك الجبرى [1]

وفيه ثلاثة مطالب :

المطلب الأول : أسباب التملك الجبري فى الفقه الإسلامى .

المطلب الثانى : أسباب التملك الجبري فى القانون الوضعى .

المطلب الثالث : الموازنة بين موقف الفقه الإسلامى والقانون الوضعى من أسباب التملك الجبري .

المطلب الأول
أسباب التملك الجبري فى الفقه الإسلامى

إن من أسباب التملك الجبرى الامتناع عن فعل الواجب ، وتتنوع أسبابه بتنوع حالاته فحيثما يكون الأمر واجبا ، فإنه يجبر عليه عند الامتناع عنه ، وهذا الواجب يتنوع إلى أنواع منها : ما أوجبه الله تعالى ابتداء ، أو ما التزم به الشخص طواعية واختياراً ، أو تحصيل منفعة ، أو دفع مضرة .

فمن أسباب التملك الجبرى ما يلى :

1- الامتناع عن أداء واجب ، كالامتناع عن النفقة الواجبة للزوجة أو الأقارب:

فمن امتنع عن الانفاق الواجب عليه : يجبر عليه ويكون ذلك سببا لمن يستحق النفقة أن يتملك مقدار النفقة التى يستحقها من ماله جبرا عنه [2] .

---

(1) السبب لغة : اسم لما يتوصل به إلى المقصود .

وفى الشرع : ما يكون طريقا للوصول إلى الحكم غير مؤثر منه، كالوقت للصلاة . وعند علماء الأصول: ما يلزم من وجوده الوجود ومن عدمه العدم لذاته .

يراجع : المعجم الوسيط 437 ، المصباح المنير 159 ، التعريفات للجرجانى 154 ، إرشاد الفحول إلى تحقيق الحق من علم الأصول للإمام محمد بن على الشوكانى 1/ 78 ط : دار السلام – القاهرة 1418هـ.

(2) يراجع : بلغة السالك لأقرب المسالك 1 / 487 .

2- الامتناع عن تنفيذ ما التزم به :

فمن امتنع عن تنفيذ ما التزم به ، فإن ذلك يكون سببا من أسباب التملك الجبرى كالامتناع عن تسليم الثمن إذا أخذ المبيع ، أو أداء الدين الذى عليه من قرض [1] أو بيع أو رهن أو غير ذلك مما التزم به ، أو عدم رد العارية أو الوديعة، أو التمكين من حق وجب عليه كحق الارتفاق ، فالامتناع عن ذلك سببا للتملك الجبرى [2] .

3 – التعدى على ملك الغير :

فمن تعدى على ملك غيره بالغصب أو السرقة وامتنع عن ردها لأصحابها ، فإنه يجبر على ذلك وتملك منه جبراً ، وكذلك إذا امتنع عن أداء الأمانات لأصحابها وجحدها ، لأن كل ما يجب على الإنسان الوفاء به لغيره ولم يفعل يكون سببا للتملك الجبرى [3] .

4 – دفع الضرر الخاص أو العام :

فمن أسباب التملك الجبرى دفع الضرر الذى يصيب الغير فردا كان أو جماعة، كمن كان عنده طعام أو دواء فاضل عن حاجته ويحتاج إليه الناس وامتنع عن البيع، فإنه يجبر على البيع دفعا للضرر عن الجماعة ، أو تغالى فى السعر وزاد

---

(1) القرض : لغة مأخوذ من قرض الشيء قرضا : قطعه ويطلق اسما على الشيء المقرض ، ومصدرا على الإقراض .

واصطلاحا : تمليك شيء على أن يرد مثله أو بدله ، أو دفع مال إلى الغير لينتفع به على وجه القربة ثم يرد بدله أو مثله .

يراجع : المصباح المنير 296 ، مختار الصحاح 245 ، الدر المختار شرح تنوير الأبصار للعلامة محمد علاء الدين الحصكفى 4 / 179 ط : دار الفكر بهامش حاشية رد المحتار ، حاشية الدسوقى 3 / 222 المبدع فى شرح المقنع لأبى إسحاق برهان الدين بن مفلح المؤرخ الحنبلى 4 / 204 ط : المكتب الإسلامى – دمشق .

(2) يراجع : البحر الرائق 8 / 98 ، أسنى المطالب 2 / 166 .

(3) يراجع : كشاف القناع 4 / 182 .

فيه عن أهل السوق وتحكم فى أقوات المسلمين ، فإنه يجبر على البيع بالسعر الذى يضعه الحاكم فالامتناع عن البيع والمغالاة فى الأسعار سبب للتملك الجبرى لدفع الضرر عن الجماعة [1] .

وكذا من أسباب التملك الجبرى دفع الضرر الخاص كما فى إجبار الشريك على قسمة العين المشتركة إذا كانت قابلة للقسمة دون ضرر ، ودفع الضرر عن الشفيع بتملكه للمشفوع فيه جبرا عن مشتريه لدفع الضرر [2] .

5- الحاجة للمصلحة العامة :

فمن أسباب التملك الجبرى وجود المصلحة العامة ، كتوسيع مسجد ضاق بالمصلين أو توسيع طريق عام ، أو بناء مستشفى ، وغير ذلك من المصالح العامة فمن امتنع عن البيع اختيارا يكون متعنتا وظالما ولا يقر عليه ، وينزع منه جبرا نظير تعويض عادل ، تقديما للمصلحة العامة ، وإيثارا لها على غيرها [3] .

6- تعطيل الملك وعدم استغلاله :

يجبر الإنسان على استثمار ما هو صالح للاستثمار من ماله ، فمن امتنع من اعمار الأرض التى استقطعها الإمام لــه ، أو التى قام بإحيائها ، فإنها تؤخذ منه جبرا وتدفع لمن يقوم بتعميرها ، فتعطيل الملك سبب للتملك الجبرى [4].

---

(1) يراجع : بدائع الصنائع 5/ 193 ، الطرق الحكمية لابن قيم 382 ، النيل 8 / 179 .

(2) يراجع : تكملة شرح فتح القدير 10/ 84 ، المنتقى للباجى 6 / 48 .

(3) يراجع : تبصرة الحكام 2 / 150 ، الأحكام السلطانية للماوردى 162 ، الأحكام السلطانية لأبى يعلى الحنبلى 190 .

(4) يراجع : حاشية الدسوقى 4/ 66 ، الفقه الإسلامى وأدلته د / وهبة الزحيلى 4 / 2866 ، 2913 ، 3047، الملكية ونظرية العقد د / أحمد فراج حسين 35 ، الملكية فى الشريعة الإسلامية للشيخ / على الخفيف 85 ط : دار الفكر العربى 1416 هـ/ 1996م الموسوعة الفقهية الميسرة ص5 ، د / محمد رواس قلعة .

7- وجود شبهة الحرام فى المال :

فمن أسباب التملك الجبرى وجود شبهة المال الحرام ، فينزع هذا المال جبرا عن مالكه وتتملكه الدولة ، وذلك كمصادرة بعض الأموال محل الجرائم المنهى عنها ، والتى يظن أنها قد جمعت بطريق غير مشروع كاستغلال النفوذ والرشوة وغير ذلك [1].

---

(1) يراجع : حاشية رد المحتار 4 / 61 ، القواعد لابن رجب الحنبلى ، القاعدة الثالثة والعشرون ص31 ، 32 ، ط : نشر دار المعرفة للطباعة – بيروت ، الملكية والشفعة د / عبد العظيم شرف الدين ص29 ، مجلة البحوث الفقهية المعاصرة ص 17 . 18 العدد 44 السنة الحادية عشر .

المطلب الثانى

أسباب التملك الجبرى فى القانون الوضعى

إن أسباب التملك الجبرى فى القانون الوضعى تتنوع بتنوع حالاتــه ويمكــن استخلاص ذلك فيما يلى :

1- الامتناع عن الوفاء بالواجب :

فالحالة القانونية الناشئة عن اقتضاء الحق بالقوة الجبرية ، والتى تبيح للدائن أن يستوفى حقه من المدين جبراً عنه سببها : امتناع المدين عن الوفاء بالواجب عليه ، كما أن الخصومة – المطالبة القضائية – سببها النزاع حول الحق وعدم الإعتراف به ، فالمطالبة بالتنفيذ الجبرى سببها هى الأخرى الامتناع عن الوفاء [1].

فإذا لم يقم المدين بالوفاء تقم السلطة العامة بناءاً على طلب الدائن بإجبار المدين على الوفاء بالتنفيذ على أمواله أى بيعها جبرا كى يستوفى الدائن حقه من ثمنها .

سواء كان هذا الدائن دائنا عادياً أو دائناً مرتهناً ، أو صاحب حق واجب ، فإذا رفع الدائن دعوى التنفيذ العينى لكى يحصل على حكم به من القضاء حتى يتمكن من الحجز على أموال مدينه وبيعها بالمزاد العلنى استيفاءاً لحقه كان ذلك سببا للتملك الجبرى [2].

2- تحقيق المنفعة العامة والصالح العام :

فمن أسباب التملك الجبرى تحقيق المنفعة العامة ، كما فى نزع الملكية للمنفعة العامة وهذه المنفعة تختلف باختلاف الظروف والأحوال ، فالسبب الذى يدفع الإدارة إلى حرمان فرد من ملكه فى سبيل تحقيق المنفعة العامة ، هو السبب

---

(1) يراجع : إجراءات التنفيذ فى المواد المدنية والتجارية د / أحمد أبو الوفا ص 12 .

(2) يراجع : قواعد التنفيذ الجبرى فى قانون المرافعات د / عزمى عبد الفتاح ص 15 ، محاضرات فى نظرية الحق أ . د / لاشين الغاياتى ص 131 ، 132 .

الواضح المتميز لتحقيق المصلحة للدولة سواء كانت اقتصادية أو اجتماعية أو سياسية ، لأنها تعد منفعة عامة للدولة [1].

3- رفع الضرر عن الغير :

فمن أسباب التملك الجبرى رفع الضرر عن الغير ، كرفع الضرر عن الشفيع بتملكه الشفعة أو الشيء المشفوع فيه جبرا عن مشترية سواء كان سبب الشفعة الشركة أو الجوار وذلك لرفع الضرر عنه [2].

4- التعدى على حق أو ملك الغير :

فمن أسباب التملك الجبري التعدى على حق الغير أو ملكه ، فالذى يخرج من حيازة مالكه بغير رضاه بأن سرق منه أو ضاع أو اغتصب ، فيكون له حق استرداده وتملكه جبرا عمن حازه ولو كان هذا الحائز حسن النية ، وإن كان له حق فى الثمن الذى دفعه [3].

5- إنزال العقوبة :

فمن أسباب التملك الجبرى توقيع العقاب وإنزاله على الشخص، كما فى المصادرة والغرض من هذه العقوبة نكبة المجرم فى ماله ، وتلك العقوبة وسيلة لمكافحة الجرائم الاقتصادية ، فتنقل الدولة إلى ملكيتها أشياءا استخدمت فى ارتكاب

---

(1) يراجع : نزع الملكية للمنفعة العامة د / محمد بكر حسين 17 / 45 ، 47 (طعن 218 – س 51 جلسة 29/ 5 / 1985م ، قاعدة 246 مجموعة أحكام محكمة النقض 0

(2) يراجع : الوسيط فى شرح القانون المدنى د / عبد الرزاق السنهورى 9 / 452 ، الموجز فى أحكام القانون المدنى د / حسن كيرة 516 ، 517 (طعن 1247 س 52 جلسة 5/6/ 1986) مجموعة أحكام محكمة النقض.

(3) يراجع : الوسيط فى شرح القانون المدنى د / عبد الرزاق السنهورى 3 / 905 . حق الملكية وأسباب كسبها د / عبد المنعم البدراوى 555 – 558 . الوجيز فى الحقوق العينية الأصلية د / محمود جمال الدين زكى 581 ، 582 .

الجريمة ، أو ما أسفرت عنه الجريمة من ربح أو فائدة ربوية غير مشروعة وتملكه الدولة جبراً عن أصحابها[1].

6- تعطيل الملك وعدم استعماله :

فمن أسباب التملك الجبرى أيضا تعطيل الملك وعدم استعماله واستغلاله – كما نصت على ذلك المادة 874 / 3 من القانون المدنى على أنه :

" متملك الأرض يفقد ملكيته بعدم الاستعمال مدة خمس سنوات متتابعة خـــلال خمس عشرة سنة التالية للتملك .... "[2].

وغير ذلك من الأسباب المشروعة نص عليها المشرع الوضعى والتى ستتضح من خلال هذا البحث إن شاء الله تعالى .

---

(1) يراجع : نزع الملكية للمنفعة العامة د / محمد بكر حسين ص 17 ، تشريعات التموين والتسعير الجبرى ، فرج علوانى هليل ص 25 ، ط : 1980م ، نشر دار المطبوعات الجامعية (نقض مدنى جلسة 12/ 11/ 1987 س 38ص 960) مجموعة أحكام محكمة النقض.

(2) يراجع : الوسيط د / السنهورى 9 / 47 ، مجموعة الأعمال التحضيرية 6 / 195 . القانون المدنى د/ عبد المنعم البدراوى 424 ، الوجيز فى الحقوق العينية د / محمود جمال زكى 274 – 281 (طعن 1720 س 52 نقض مدنى جلسة 27/3/ 1983) مجموعة أحكام محكمة النقض .

المطلب الثالث

الموازنة بين موقف الفقه الإسلامى والقانون الوضعى من أسباب التملك الجبرى

بعد بيان موقف الفقه الإسلامى والقانون الوضعى من أسباب التملك الجبرى أرى أن القانون الوضعى يتفق تماما مع ما ذهب إليه الفقه الإسلامى من أن أسباب التملك الجبرى تختلف وتتنوع بتنوع حالاته .

فتارة يكون سبب التملك هو الإمتناع عن أداء حق أو فعل واجب ، وتارة يكون الاعتداء على حق أو ملك الغير ، ويكون التملك لعين حقه من حائزها أو ممن انتقلت إليه ، وتارة يكون سبب التملك تحقيق مصلحة عامة أو مصلحة خاصة أولى بالرعاية من مصلحة المالك ، وتارة يكون سبب التملك تعطيل الملك وعدم استغلاله.

وبذلك يكون القانون الوضعى قد اتفق مع الفقه الإسلامى فى أسباب التملك الجبرى ومزيد من التفصيل والتوضيح سيظهر من خلال ثنايا هذا البحث .

المبحث السادس

فى شروط [1] التملك الجبرى وضوابطه [2]

وفيه ثلاثة مطالب :

المطلب الأول : شروط التملك الجبرى وضوابطه فى الفقه الإسلامى .

المطلب الثانى : شروط التملك الجبرى وضوابطه فى القانون الوضعى .

المطلب الثالث : الموازنة بين موقف الفقه الإسلامى والقانون الوضعى من شروط التملك الجبرى وضوابطه .

المطلب الأول

شروط التملك الجبرى وضوابطه فى الفقه الإسلامى

إن وفاء الحقوق فى الإسلام الأصل فيه أن يكون برضا واختيار من عليه الحق بوازع أخلاقي ودافع دينى ، لأن الله تعالى أمر المؤمنين بالوفاء بالعقود لما فى ذلك من الخير النعيم والنفع الجزيل ، ولقد ربَّى الرسول – صلى الله عليه وسلم – أصحابه فأحسن تربيتهم على احترام حق الغير ، وعدم الطمع فيما لا يحل لهم ، وزجرهم

---

(1) الشرط لغة : مأخوذ من شرط له أمرا : أي التزمه ، وشرط عليه أمرا : ألزمه إياه وهو : ما يوضع فى ليلتزم به فى بيع أو نحوه ، وجمعه : شروط .

واصطلاحا : ما كان عدمه يستلزم عدم الحكم ، كشرط وجود الشفعة أو نزع الملكية للمنفعة العامة فعند عدم وجود الشرط يستلزم عدم الحكم بثبوت التملك الجبرى .

يراجع : المصباح المنير 189 ، المعجم الوسيط 504 ، إرشاد الفحول إلى تحقيق الحق من علم الأصول للشوكانى 1 / 52 .

(2) الضابط لغة : اسم فاعل من الضبط ، وهو لغة : يدور حول عدة معان هي : اللزوم والحفظ والحبس فيقال : ضبط الشيء حفظه بالحزم ، ولزمه لا يفارقه وأحكمه وأتقنه .

واصطلاحا : سماع الكلام كما تحقق ثم فهم معناه الذى أريد منه ، وقيل : كل ما يحصر ويحبس سواء أكان بالقضية الكلية أو بالتعريف أو بذكر مقياس الشيء أو بيان أقسامه وشروطه أو أسبابه وحصرها .

يراجع : المعجم الوسيط 559 ، الصحاح للجوهرى 3 / 955 ، باب الطاء فصل الضاد ، شرح البدخشى 2 / 251 ، التعريفات للجرجانى 180 ، القواعد والضوابط الفقهية د / عبد المجيد عبد الله 27 – 29 ط: دار النفائس الأردن ، الأولى 1425هـ – 2005م .

ورهبهم من عواقب الطمع والظلم حيث روى أبو هريرة رضى الله عنـــه[1] عـــن النبى – صلى الله عليه وسلم – أنه قال (من أخذ أموال الناس يريد أداءها أدىَّ الله عنه ، ومن أخذها يريد إتلافها أتلفه الله) [2] فمن استدان من الناس لحاجة وكـــان عليه دين لأخر ، وكان عازما على الأداء أعانه الله على ذلك. ولقد حذر الرسول – صلى الله عليه وسلم – من المماطلة والتسويف فى الأداء حيث روى عن عمرو[3] بن الشريد عن أبيه عن النبى – صلى الله عليه وسلم – قال : " لى الواجد ظلم يحل عقوبته وعرضة " [4] أى شكايته .

---

(1) أبو هريرة هو : عبد الرحمن بن صخر الدوسي اليمانى ، أسلم عام خيبر ، أشهر من سكن الصفة واستوطنها طول عمر النبيّ – صلى الله عليه وسلم – روي الكثير من الأحاديث، وروى عنه خلائق من الصحابة والتابعين ، وقال عنه النبى – صلى الله عليه وسلم – أبو هريرة ، وعاء من العلم – مات رحمه الله تعالى عام 57 هـــ .

يراجع : سير أعلام النبلاء لشمس الدين الذهبى 2 / 578 ط : مؤسسة الرسالة الطبعة الأولى 1402 هـــ أسد الغابة 5 / 317 ، شذرات الذهب 1 / 63 ، حلية الأولياء 1 / 376 0

(2) يراجع : صحيح البخارى بحاشية السندى المجلد الأول الجزء الثانى ص 55 ، 56 (باب من أخذ أموال الناس يريد أداءها أو إتلافها) ط : دار إحياء الكتب العربية ، نيل الأوطار للشوكانى 4 / 31 سبل السلام للصنعانى 3 / 99 – 100 .

(3) عمرو بن الشريد هو أبو الوليد عمرو بن الشريد بن سويد الثقفى الطائفى تابعى وأبوه صحابى ، روى عن أبيه وابن عباس وأبى رافع ، وروى عنه الزهرى وإبراهيم بن ميسرة وأخرين ، وروى له البخارى ومسلم وغيرهما ، وهو ثقة: يراجع : تهذيب التهذيب 8 / 47 ؛ تهذيب الأسماء واللغات 2 / 344 .

(4) يراجع : فتح البارى شرح صحيح البخارى لابن حجر تعليقا فى كتاب الاستعراض 5/ 77 باب 13 شرح النووى لصحيح مسلم 10/ 173 ، ط : دار الحديث القاهرة . سنن أبى داود فى كتاب الأقضية 3/ 312 حديث رقم 3628 طبعة دار الحديث 1408 ، سنن ابن ماجة فى كتاب الصدقات 2 / 811 حديث رقم 2427 ط : دار إحياء الكتب العربية . سنن النسائى فى البيع 7 / 316 – 317 ط : دار الفكر ، نيل الأوطار للشوكانى فى كتاب التفليس 5 / 287 حديث رقم 2309 والحديث إسناده حسن (واللي : المطل ، الواجد : الغني يحل : أي يجوز وصفه بكونه ظالما) .

فالشرع الحكيم يحذر ويتوعد من يريد أن يأكل أموال الناس بالباطل ولا يوفيهم حقهم فمن امتنع عن أداء ما عليه من حق فإنه يجبر عليه إذا توافرت الشروط الآتية :

1 – أن يكون الحق ثابتا ، مضمونا ، ومحترما شرعا ، ومعلوما ، وطالب صاحبه به فإن امتنع من عليه الحق عن أدائه فإنه يؤخذ منه جبراً .

2 – أن يكون أجل الحق قد حل ، وامتنع من عليه الحق عن الأداء أو انتهت مدة الإحياء ولم يعمر الأرض .

3 – أن يكون من عليه الحق موسراً والعين موجودة ورفض تسليمها ، أو منع الحق بخلاً أو جحوداً .

4 – أن يكون الحق فائضاً عن الحاجات الضرورية لمن عليه الحق .

5 – دفع الثمن أو التعويض العادل ، فيشترط فيمن يتملك عن غيره ، كالأخذ بالشفعة، ونزع الملكية للمنفعة العامة ، دفع الثمن أو التعويض العادل المناسب[1].

فإذا ما توافرت هذه الشروط جاز التملك الجبرى ، ولكن هناك ضوابطاً وأمورا يجب مراعاتها ، ومن هذه الضوابط :

1 – أن يكون التملك مشروعا وبحق .

2 – ألاً يؤدى إلى الإضرار بمن عليه الحق .

3 – ألاً يتجاوز الحق فيؤدى إلى الظلم والتعسف .

---

(1) يراجع : الهداية شرح بداية المبتدى للمرغينانى 80/4 ط : المكتبة التوفيقية ، المعونة على مذهب عالم المدينة 2 / 165 ، تكملة المجموع الثانية للشيخ محمد المطيعى 13/ 721 ، نشر المكتبة السلفية المدينة المنورة ، كشاف القناع 3 / 417 ، القواعد للإمام أبى الفرج ابن رجب الحنبلى ص 73 ط : دار المعرفة – بيروت ، مجلة البحوث الفقهية المعاصرة ص 18 العدد الرابع والأربعون السنة الحادية عشر . الملكية فى الشريعة الإسلامية للشيخ على الخفيف ص 72 ، 73 ، ط : دار الفكر العربى .

ولقد أباحت الشريعة الإسلامية لصاحب الحق أن يستوفى حقه بكل الوسائل المشروعة فلو وجد عين ماله عند أخر، وكان مماطلا أو جاحدا فيباح له أخذه ديانة لا قضاءاً للضرورة، ولكن لو ترتب على أخذه بنفسه فتنة أو ضرر من قبل صاحب الحق ، فليس لـــه استيفاؤه بنفسه بل بواسطة القضاء [1] .

فالإسلام جعل للحاكم جبر الناس على تنفيذ حكم الشرع ، فله جبر المحتكر على إخراج ما احتكره وبيعه ، وجبر التجار على البيع بالسعر الذى عينه لهم ، ولو أدى ذلك الجبر إلى الحبس أو الضرب المؤلم الذى لا يسبب عاهة حتى يؤدى الحق ، ولكن لا يكون الجبر بما هو محرم ولا بما هو أشد من ضياع الحق الذى امتنع منه [2] .

فلذا ليس لصاحب الحق الذى اعتدى على حقه أن يقتص بنفسه ، بل يلجأ إلى القضاء رافعا دعواه ليحصل على حكم من القاضى وبمقتضاه يجبره على التنفيذ، ويتمكن من الحجز على أموال المدين وبيعها ليستوفى حقه، لأن الإسلام لم يفترض فى الناس جميعا التقوى التى تسوقهم إلى أن يوفوا التزاماتهم طوعا دون إجبار أو قهر ، فشرع نظام القضاء ، لأن فى طباع البشر من التنافس والتغالب فيقل فيهم التناصر ويكثر التخاصم ، فدعت الحاجة إلى قودهم إلى الحق ، ومع ذلك جعلت الشريعة الإسلامية استيفاء الدين بالعدل ، فلا تنزع الملكية جبرا بطريقة منافية لمبدأ العدل أو مخالفة للمبادئ الإسلامية ، فلا تجوز الزيادة فى الاستيفاء فى حكم القاضى .

---

(1) يراجع : حاشية الدسوقى 4/ 225 ، الجلال المحلى بهامش حاشية قليوبى 335/4 ، كشاف القناع 357/6.

(2) يراجع : الفتاوى الهندية 3/ 212 ، الطرق الحكمية لابن قيم 354 ، 380 ، الروض النضير شرح مجموع الفقه الكبير للقاضى شرف الدين الحسين الصنعانى 3/ 308 ط : دار الجيل – بيروت – فقه الإمام جعفر الصادق 3 / 142 .

فإذا ما توافرت الشروط السابقة وروعيت الضوابط فى استيفاء الحق كان التملك الجبرى جائزاً ومشروعاً

وإن كان يستحب ديانة لمن عليه دين من قرض أو غيره أن يرده أجود من الذي عليه لما روى عن أبي رافع [1] قال "استسلف النبى صلى الله عليه وسلم بكرا (الفتى من الإبل) فجاءته إبل الصدقة فأمرنى أن أقضى الرجل بكرة فقلت إني لم أجد في الإبل إلا جملاً خياراً رباعيا فقال صلى الله عليه وسلم اعطه إياه فإن " خيار الناس أحسنهم قضاءا " [2] .

فإن كان الحق مطلقا غير محدد المقدار أو غير معلوم النوع فيحمل على الوسط المتعارف بين الناس ، ومع ذلك رغب الإسلام فى التسامح فى الاستيفاء والأداء .

فالأصل أن يكون استيفاء الحق كاملا ، لكن الشرع الحكيم ندب صاحب الحق إلى عدم استيفاء حقه كاملا أو بعضه تسامحا وإحسانا وإيثارا ، وخاصة إذا كان المدين فى ضائقة وذلك خير يثاب عليه فاعله ، حيث يقول الله فى كتابه الكريم : **﴿ وجزاء سيئة سيئة مثلها فمن عفى وأصلح فأجره على الله إنه لا يحب الظالمين﴾**[3] ويقول سبحانه وتعالى : **﴿ وإن كان ذو عسرة فنظرة إلى ميسرة وأن تصدقوا خير لكم إن كنتم تعلمون ﴾** [4] .

---

(1) أبو رافع : اسمه أسلم ، وقيل ثابت ، وقيل إبراهيم ، مولى رسول الله – صلى الله عليه وسلم – أسلم قبل بدر ، وكان يكتم إسلامه مع العباس ، حيث كان مملوكا له ، ثم أظهر إسلامه ، ووهبه العباس إلى رسول الله – صلى الله عليه وسلم – وزوجه مولاته سلمى فولدت له عبيد الله ، وشهد فتح مصر بعد ما أعتقه النبى – صلى الله عليه وسلم – بإسلام العباس ، وتوفى بالمدينة قبل مقتل عثمان رحمه الله تعالى . يراجع : حلية الأولياء 1 / 183 رقم 33 ، تهذيب الأسماء واللغات 2 / 513 .

(2) الحديث صحيح أخرجه الإمام مسلم فى صحيحه فى كتاب المساقاة 11/ 216 ح / 1600 باب 118 ط: دار المنار ، وأبو داود فى سننه – كتاب البيوع 3 / 245 ، ح 3346 باب حسن القضاء وابن ماجه فى سننه ، كتاب التجارات 2 / 767 ، ح 2285 ، والنسائى فى سننه 7 / 291 ، ومالك فى الموطأ فى البيوع 2 / 51 ، ح / 77 ط : دار الريان للتراث 1408 هـ .

(3) آية رقم 40 من سورة الشورى .

(4) آية رقم 280 من سورة البقرة .

والمراد بالتصدق فى هذه الآية إبراء المدين من دينه [1] .

(1) يراجع : الفتاوى الهندية 3 / 212 ، حاشية الدسوقى 4/ 225، الجلال المحلى 4/ 335 ، كشاف القناع 6/ 357 ، الطرق الحكمية لابن قيم 354 ، 380 ، الروض النضير 3/ 308 ، فقه الإمام جعفر الصادق 3/ 142 ، الفقه الإسلامى وأدلته د / وهبة الزحيلى 4 / 2858 وما بعدها ، مجلة البحوث الفقهية المعاصرة ص 18، 19، العدد 44 السنة 11 ، الموسعة الفقهية الميسرة 53 ، 54 ، محاضرات فى نظرية الحق أ0 د ، لاشين الغاياتى ص 131 ، استيفاء الحقوق فى الشريعة الإسلامية د / محمد القطب البرلسى ص 31 ، رسالة دكتوراه من جامعة الأزهر كلية الشريعة والقانون بالقاهرة ، مسجلة تحت رقم 699 بكلية الشريعة والقانون بطنطا .

المطلب الثانى

شروط التملك الجبرى وضوابطه فى القانون الوضعى

إن المشرع الوضعى يحمى المالك حماية شاملة فيمنع الغير من الإعتداء على ملكه ويستطيع أن يسترد ملكه جبراً عمن حازه ، ولو كان حسن النية .

ومع ذلك فقد ينزع الملك جبراً عن صاحبه ، ولكن يجب توافر عدة شروط حتى يستطيع الدائن أن يحصل على حقه جبرا عن المدين من أهم هذه الشروط :

1 – أن يكون الدين محقق الوجود ، أى وجوده مؤكد غير متنازع فيه .

2 – أن يكون الدين معلوم المقدار .

3 – أن يكون المال الذى ينزع من المدين مملوكا له .

4 – أن يكون المدين موسراً قادراً على أداء ما عليه من حقوق واجبة .

5 – أن يكون بيده سند تنفيذى يثبت حقه .

6 – أن يكون الدين حال الأداء غير مؤجل .

7 – أن يطلب من السلطة المختصة التنفيذ الجبرى .

8 – وكذلك يشترط فيمن تنزع ملكيته أن يكون هناك مبرر قانونى لذلك كتوسيع طريق أو بناء مستشفى ، وأن يعوض تعويضا عادلا مقدما عن ملكه .

فإذا ما توافرت الشروط السابقة أباح المشرع الوضعى نزع الملكية جبراً عن صاحبها سواء كان ذلك عن طريق بيعها بالمزاد لاستيفاء الدين من ثمنها ، أو تملكيها للدائن بثمنها أو بقيمتها ، أو تملكها للدولة بعد دفع التعويض المناسب ولا يتم ذلك إلا عن طريق الإلتجاء إلى السلطة المختصة .

لأن الدائن أمام المدين الممتنع عن التنفيذ لا يستطيع الذهاب إليه لينفذ على أمواله بهدف استيفاء حقه ، لوجود دولة القانون فى كل المجتمعات الحديثة فى

الوقت الحاضر، فالسلطة القضائية هى المختصة برد الاعتداء وحماية الحقوق لأصحابها ، والسبيل إلى ذلك هو إقامة دعوى أمام المحاكم [1] .

فإذا ما توافرت هذه الشروط جاز التملك الجبرى ولكن هناك ضوابطاً يجب مراعاتها منها :

1 – ضرورة الالتجاء إلى القضاء لاقتضاء الحقوق ، لأنه لا يجوز للمرء أن يقتص حقه بنفسه لنفسه ، حتى لا يؤدى ذلك إلى الزيادة على أخذ حقه أو الإنتقاص منه [2] .

2 – يجب اتباع الإجراءات التى وضعت لضمان الحقوق المشروعة مثل إجراءات نزع الملكية [3] .

3 – دفع التعويض العادل الذى لا يؤدى بالإضرار على الطرفين .

4 – ألا يكون هناك تعسفاً فى استعمال الحق .

5 – يجب مراعاة مصلحة الدائن والمدين .

---

(1) يراجع فيما سبق: الوسيط فى شرح القانون المدنى د / السنهورى 8 / 551 ، الموجز فى النظرية العامة للالتزامات د / محمود جمال الدين زكى 779 ط : مطبعة جامعة القاهرة، الطبعة الثالثة 1978م ، نصوص التقنين المدنى،الجزء الثانى ، أحكام الالتزام محمد شتا أبو سعده ص 63، نشر: دار المطبوعات الجامعية الإسكندرية سنة 1999م ، إجراءات التنفيذ د / أحمد أبو الوفا ص 19 26 ، 41 ، 249 ، إجراءات التنفيذ فى المواد المدنية والتجارية د/ نبيل إسماعيل عمر ص117 ، 270 ، 293 ، 298 ، ط 1980 مؤسسة الثقافة الجامعية الإسكندرية ، قواعد وإجراءات التنفيذ الجبرى د/ عبد العزيز خليل بديوى ص 51 ، 113 ، 117 ، ط دار الفكر العربى ، الطبعة الثانية 1980م ، الموجز فى النظرية العامة للالتزامات د / السنهورى 498 – 499 ط : دار إحياء التراث العربى ، محاضرات فى نظرية الحق أ. د/ لاشين الغاياتى ص 132 .

(2) ويراجع فى معنى ذلك : حكم محكمة الإسكندرية الكلية (مستعجل) فى 15/2/ 1940 – مجلة المحاماة العدد 20 ص 1008 ، أشار إلى ذلك د / عبد الرزاق السنهورى فى الوسيط 8 / 619 هامش(1) .

(3) ويراجع فى معنى ذلك : حكم محكمة النقض المصرية جلسة 16/2/ 1939 ، 24 / ص 505 رقم 165 مجموعة عمر (حيث جاء فيه أن لمن أخذ ملكه للمنافع العامة بغير الإجراءات القانونية لنزع الملكية حق المطالبة بالتعويض) طعن 2176 لسنة 52 ق نقض مدنى جلسة 11/5/ 1989م .

فيجب مراعاة مصلحة الدائن بتمكينه من حقه دون مغالاة فى الشكل ، فلا تكون الإجراءات باهظة التكاليف حتى لا تتجاوز تكلفتها أصل الحق ، أو معقدة فيطـــول أمدها مما ينجم عنه اضطراب المعاملات ، وتبدد الثقة ، ولا ينبغى أن نتصور أن الدائن رجل ثرى يتسلط على رجل مسكين ، فكم من دائن يكون فى حاجة إلى دينه أكثر من مدينه .

ويجب مراعاة مصلحة المدين ، لأن توقيع حجز غير قانونى على أمواله قــد يترتب عليه هدم حياته فالمشرع الوضعى قد وضع شروطاً لحماية المدين ، وينظم الطرق المعينة لوضع مال المدين تحت يد القضاء لبيعها بأقصى سعر ، وسعى إلى حمايته من الناحية النفسية والمادية ، فمنع الحجز فى حضور الدائن رعاية لشعوره، ولا يذهب إلى حد تجريده من كل ما يملك فصبح فقيراً معوذاً عبئاً وعالــة علـــى المجتمع [1] .

---

(1) يراجع فيما سبق : الوسيط فى شرح القانون المدنى د / السنهورى 8 / 617 هامش / 1 . قواعد التنفيذ الجبرى فى قانون المرافعات د / عزمى عبد الفتاح ص 11 وما بعدها ، إجراءات التنفيذ د / أحمد أبو الوفا ص20 ، قواعد وإجراءات التنفيذ الجبرى د / عبد العزيز بديوى ص 188 ، محاضرات فى نظرية الحق أ . د / لاشين الغاياتى 132 .

المطلب الثالث

الموازنة بين موقف الفقه الإسلامى والقانون الوضعى من شروط التملك الجبرى وضوابطه

بعد بيان موقف الفقه الإسلامى والقانون الوضعى من شروط التملك الجبرى وضوابطه يتضح لى ما يأتى :

1 - لقد وافق القانون الوضعى ما ذهب إليه الفقه الإسلامى من شروط التملك الجبرى من كون الدين موجودا ، ومحققا ، وثابتا ومعلوما ، وحال الأداء وأن يكون المدين موسرا ، وأن يطالب الدائن بدينه ، وأن يكون هناك مبرر مشروع كحالة نزع الملك للمنفعة العامة . إلا أن الشريعة لا تعرف السندات التنفيذية ، لأنه فى الشريعة كان القاضى يصدر الحكم ثم ينفذ هذا الحكم تحت سمعه وبصره فلا فصل بين التنفيذ والقضاء .

أما القانون الوضعى فلقد اشترط وجود السند التنفيذى حيث لا تسمع الدعوى إلا به.

2 - ولقد وافق القانون الوضعى أيضا الفقه الإسلامى فى ضرورة مراعاة ضوابط معينة عند التملك الجبرى منها عدم جواز التعسف فى استعمال الحق ، وأنه يجب مراعاة مصلحة الدائن والمدين ، وأنه لا يجوز للشخص أن يستوفى دينه بنفسه بل يلجأ إلى القضاء ليطالب بحقه. وأنه يجب مراعاة الإجراءات اللازمة فى نزع الملكية ، ودفع التعويض العادل ، إلا أن الشريعة الإسلامية أباحت فى حالات معينة عدم تدخل السلطة لإجراء التنفيذ وإنما يحق للشخص أن يستوفى حقه، إذا ما وجد عين حقه بأن كان فى وضع بالنسبة لمدينه يمكنه من الحصول على بعض ماله ، أو يستوفى دينه ، ولو خفية دون أن يتجاوز حقه[1].

---

(1) يراجع : قواعد وإجراءات التنفيذ الجبرى د / عبد العزيز بديوى ص 22 وما بعدها .

أما القانون الوضعى فمنع ذلك بأن يستوفي الدائن حقه بنفسه بل لابد من ضرورة الالتجاء إلى القضاء ، لأن تدخل القاضى ينهى كل الخلافات ، ويؤدى إلى التوازن بين مصلحة الطرفين ، وإلى استقرار المعاملات .

وإن كان التنفيذ فى صدر الإسلام يمتاز بالسهولة والبساطة فإنما يرجع السبب فى ذلك إلى العلاقات التى كانت كذلك آنذاك باعتبار أن الوفاء الإختيارى كان واجبا [1].

وإن كنت أرى أن الإجراءات أصبحت معقدة فى القانون الوضعى ، وطويلة الأمد فكم من قضية مكثت فى المحاكم سنين عديدة ، فيجب النظر فى هذه الإجراءات حتى يتسنى لصاحب الحق أن يأخذ حقه فى يسر ، دون أن يتركه هربا من طول أمد التقاضى ، وتعنت إجراءاته .

(1) يراجع : المرجع السابق ص 24 .

الباب الأول
التملك الجبري
عن طريق عقود جبرية

تقديم وتقسيم :

لقد جاءت الشريعة الإسلامية ، بل كل الشرائع بوجوب المحافظة على المال [1]، لأنه عصب الحياة بلا منازع ، ومن الضروريات التى لا غنى للإنسان عنها ، ولقد اهتمت الشريعة الإسلامية به أيما اهتمام ، ونهت عن الاعتداء عليه ، لماله من مكانة فى النفوس ودور خطير فى الحياة ، فحرمت الغصب ، والسرقة ، والربا ، وأكل أموال الناس بالباطل أو الحصول عليه من غير طريق مشروع ، ونحو ذلك من كل ما يؤدى إلى جحود أموال الناس وضياعها ، وأن يكون تملك الإنسان للمال بطريق مشروع .

فإن من أسباب الملكية وأعظمها وأعمهاً وقوعا وانتشارا وأهمها شأنا فى الاعتبارات المدنية: العقود ، لأن بها يتجلى الإدراك والنشاط الإنسانى ، وبها حاجات الإنسان فى معظم حركاته وحياته اليومية .

والعنصر الفعال فى هذه العقود هو الرضا ، لأنه القاعدة العامة لنقل الأموال فى الشريعة الإسلامية ، وهذه العقود تارة تكون رضائية وهذا هو الأصل فى العقود ، وتارة تكون جبرية على سبيل الاستثناء .

---

(1) المـــال هو : كل ما يمكن حيازته والانتفاع به انتفاعاً عاديا ، وقيل: كل ما يملكه الفرد أو تملكه الجماعة من متاع أو عروض التجارة أو عقارا أو نقودا أو حيوانا . وقيل كل ماله قيمة بين الناس وينتفع به ويجرى فيه البذل والمنع ، وقد أطلق فى الجاهلية على الأبل ، وكذا عند أهل البادية ، وما لا ينتفع به كحبة قمح أو قشة أو ما يطرحه الناس فلا يقع عليه اسم مال .

براجع : لسان العرب 6 / 300 باب اللام فصل الميم ، المصباح المنير 348 كتاب الميم مادة ميل، أحكام المعاملات الشرعية للشيخ على الخفيف 28 ، شرح أحكام حق الملكية د / عبد الناصر العطار 313.

فالإسلام لم يقر عقدا يلزم شخصاً لم يرض به رضاً بيناً ، إلا فيما توجبه قواعد العدالة ومصلحة الجماعة مما تمارسه السلطة الحاكمة باسم العدالة لإحقاق الحق .

فالعقود الجبرية تقوم بإجرائها : السلطة القضائية [1] مباشرة وصراحة بالنيابة عمن تجب عليهم إذا امتنعوا عن إجرائها ، كبيع مال المدين جبراً عليه لأجل وفاء الدين إذا امتنع عن أدائه اختيارا ، من قبل القاضى الشرعى فى الفقه الإسلامى ، أو الجهات التنفيذية للقضاء ومحاكمه فى القانون الوضعى .

ومن العقود الجبرية بيع المرهون جبراً عن الراهن ، ويتملك المرتهن لحقه من ثمن الرهن إن امتنع الراهن عن قضاء الدين بعد حلوله ، وبيع الحاكم للأشياء المحتكرة على محتكريها عندما يضر بالناس احتكارها 0 وكذا بيع السلع والأموال جبراً على أصحابها بالسعر الذى يضعه الحاكم ويعينه ، وهو ما يسمى بالتسعير الجبرى .

وكذلك أيضا إجبار الممتنع عن النفقه الواجبة عليه بالبيع لماله وتملك من تجب له هذه النفقة مقدارها جبرا عنه .

والشفعة التى هى حق ممنوح شرعا لشخص أن يتملك العقار المبيع جبراً عن مشتريه بما قام عليه من الثمن والتكلفة [2].

---

(1) السلطة القضائية : هى الهيئة التى يناط بها تفسير القانون الوضعى وتطبيقه على الوقائع التى تعرض عليها وتطرح أمامها للفصل فيها . وأعضاؤها هم القضاة على اختلاف درجاتهم ، وهى سلطة مستقلة لها مكانة فى نفوس الأفراد ، واستقلالها يشيع الإحساس بالعدل ويزيد الاطمئنان والإستقرار ، وأحكامها واجبة التنفيذ والامتناع عن تنفيذها يعد جريمة يعاقب عليها ويقصد بها فى الفقه الإسلامى ، التمكين من تنفيذ أحكام الله بين العباد على جهة الإلتزام.

يراجع : الوجيز فى المبادئ الدستورية العامة د / فؤاد محمد النادى ص 224 ، ط مؤسسة الرسالة 1406هـ – 1986م . محاضرات فى النظرية العامة فى القانون الدستورى د / محمد بكر حسين ص 184 ، 185 ، 1406هـ – 1981م.

(2) يراجع : المدخل الفقهى العام للأستاذ / مصطفى الزرقا 1 / 246 وما بعدها ، الملكية ونظرية العقد فى الشريعة الإسلامية للإمام محمد أبو زهرة ص 148 – 150

ففى مثل هذه الحالات تستند الملكية إلى عقد بيع صريح أجرته السلطة القضائية بالنيابة الجبرية عن المالك ، أو عقد شراء جبرى مقدر وجوده بطريق الاقتضاء ، فيفترض حصول البيع والشراء بين الطرفين بإرادة السلطة الملزمة كنتيجة لقضاء القاضى أو حكم الحاكم .

فإذا كان الأصل عدم نزع الملك من صاحبه إلا برضاه وطيب نفسه ، إلا أنه قد ينزع منه جبرا عنه فى سبيل أداء واجب ، أو قضاء حق ، أو دفع الأذى عن الغير، أو عدم الإضرار بالجماعة ، فقد تكون المنفعة التى ينالها المالك من بقاء العين فى ملكه أقل من الضرر الذى ينال غيره بهذا البقاء .

وسنتناول حالات التملك الجبرى عن طريق العقود الجبرية التى تجريها السلطة صراحة أو تقديراً وذلك فى فصلين :

الفصل الأول : التملك الجبرى عن طريق عقود بيع جبرية

الفصل الثانى : التملك الجبرى عن طريق الأخذ بالشفعة

الفصل الأول
التملك الجبرى عن طريق عقود بيع جبرية

وفيه خمسة مباحث :

المبحث الأول : بيع مال المدين جبراً عنه

المبحث الثانى : بيع المرهون جبراً عن الراهن

المبحث الثالث : بيع الأشياء المحتكرة جبراً على محتكريها

المبحث الرابع : بيع الأموال والسلع جبراً على مالكيها بالسعر الذى يعينه الحاكم

المبحث الخامس : بيع الأموال جبراً على أصحابها للنفقة الواجبة عليهم

المبحث الأول
بيـع مال المدين جبـراً عنه

وفيه مطلبان :

المطلب الأول : حكم الحجر على المدين وبيع ماله جبراً عنه .

المطلب الثانى : شروط تملك الدائن لدينه وكيفية بيع مال المدين جبراً عنه .

المطلب الأول
حكم الحجر على المدين وبيع ماله جبرا عنه

وفيه ثلاثة فروع :

الفرع الأول : حكم الحجر على المدين وبيع ماله جبراً عنه فى الفقه الإسلامى

الفرع الثانى : حكم الحجر على المدين وبيع ماله جبراً عنه فى القانون الوضعى

الفرع الثالث : الموازنة بين موقف الفقه الإسلامى والقانون الوضعى من الحجر على المدين وبيع ماله جبرا عنه .

الفرع الأول
حكم الحجر على المدين
وبيع ماله جبراً عنه فى الفقه الإسلامى

لقد شرع الله لنا الدين وجعل لكل من الدائنين حقوقا قبل الأخر ، فحث الدائن فى مواطن كثيرة على السماحة فى المعاملة ، وترك الضيق فى المطالبة ، فقال سبحانه وتعالى : ﴿ **وإن كان ذو عسرة فنظرة إلى ميسرة وأن تصدقوا خيرا لكم إن كنتم تعلمون** ﴾ [1] .

ولقد روى جابر بن عبد الله [2] – رضى الله عنهما – أن النبى صلى الله عليه وسلم قال : " رحم الله رجلا سمحا إذا باع ، سمحا إذا اشترى ، سمحا إذا اقتضى "[3] .

كما أمر المدين بوجوب المبادرة إلى أداء ما ثبت فى ذمته اختيارا من غير قهر أو إجبار حيث يقوم بوفاء ديونه من تلقاء نفسه بوازع دينى من ضميره مصداقا لقوله تعالى : ﴿ **إن الله يأمركم أن تؤدوا الأمانات إلى أهلها ....** ﴾ [4] فإن امتنع المدين وأبى حسن القضاء ، وحاول تضييع حق الدائن ، فقد أعطى الشارع الحكيم

---

(1) الآية رقم 280 من سورة البقرة .

(2) جابر ، هو جابر بن عبد الله الأنصارى السلمى المدنى الفقيه أبو عبد الله الصحابى ابن الصحابى ، من أهل بيعه الرضوان ، أحد الرواة المكثرين للحديث عن الرسول – صلى الله عليه وسلم – له ألف وخمسمائة وأربعون حديثا ، روى عنه بنوه وطاوس وعطاء وغيرهم ، وروى عن أبى بكر وعمر وعلى، وغيرهم مات سنة 78 هـ ، ودفن بالمدينة عن أربع وتسعين سنة – رحمه الله تعالى . يراجع : أسد الغابة 1 / 307 ، صفة الصفوة 1 / 648، خلاصة تهذيب الكمال فى أسماء الرجال للحافظ صفى الدين الخزرجى الأنصارى 59 ط : مكتب المطبوعات الإسلامية – حلب نزهة الفضلاء فى تهذيب سير أعلام النبلاء للإمام الذهبى 1 / 251 ط : دار الأندلس الخضراء .

(3) يراجع : صحيح البخارى بحاشية السندى كتاب البيوع باب السهولة والسماحة فى الشراء والبيع ومن طلب حقا فليطلبه فى عفاف 2/ 6 ، 7 ، موطأ الإمام مالك ، جامع البيوع 2 / 54 ، حديث رقم 85 . سنن ابن ماجه 2 / 742 ح 2203 .

(4) جزء من الآية رقم 58 من سورة النساء .

للدائن من الوسائل والضمانات ما تمكنه من حفظ حقه والوصول إليه عن طريق الحجر على المدين ومنعه من التصرف ، وبيع ماله جبرا عنه لقضاء دينه ، ومن ثم نتناول فى هذا الفرع تعريف الحجر ، وبيان موقف الفقهاء وأدلتهم من الحجر على المدين وبيع ماله جبرا عنه .

أولا : تعريف الحجر :

الحجر فى اللغة : يطلق على المنع والتضييق [1] .

ومنه سمى الحرام حجرا ، قال تعالى : ﴿ **ويقولون حجرا محجورا** ﴾ [2] أى حراما محرما [3] .

ويسمى العقل حجرا ، قال تعالى : ﴿ **هل فى ذلك قسم لذى حجر** ﴾ [4] أى عقل ، وسمى حجرا لمنعه صاحبه من ارتكاب القبائح وما يضر ، فهو قاهر لنفسه ، ضابط لها ، فيقال لمن ملك نفسه ومنعها : إنه لذو حجر [5] .

وأما الحجر فى اصطلاح الفقهاء :

فلقد اختلفت تعاريف الفقهاء فيه تبعا لاختلاف وجهات النظر إليه :

فلقد عرفه الأحناف [6] بأنه : منع من نفاذ التصرف قولا لا فعلا [1] .

---

(1) يراجع : المصباح المنير 76 كتاب الحاء مادة حجر ، المعجم الوسيط 178 باب الحاء مادة حجر المعجم الوجيز 136 باب الحاء مادة حجر .

(2) جزء من الآية رقم 22 من سورة الفرقان .

(3) يراجع : الجامع لأحكام القرآن للقرطبى 13 / 25 .

(4) الآية رقم 5 من سورة الفجر .

(5) يراجع : الجامع لأحكام القرآن للقرطبى 20 / 45 ، 467 .

(6) الأحناف : جمع حنفى . والحنفى تابع مذهب أبى حنيفة ، وتحنف الرجل انتسب إلى مذهب أبى حنيفة يراجع : المعجم الوسيط 224 ، المعجم الوجيز 175 .

والإمام أبو حنيفة هو : النعمان بن ثابت بن زوطى ، الفقيه الكوفى صاحب المذهب ، ولد سنة ثمانين من الهجرة ، أخذ العلم عن حماد ، وعطاء ، ونافع وغيرهم ، وعنه أخذ العلم أبو يوسف ومحمد ، ووكيع ، وغيرهم . كان عالما عاملا ورعا نقيا أدرك من الصحابة ، أنس بن مالك ، وعبد الله بن أبى أوفى ، وسهل بن سعد الساعدى . وأبو الطفيل عامر . توفى سنة 150 هـ ، ودفن ببغداد .

وعرفه **المالكية** [2] بأنه : صفة حكميه توجب منع موصوفها من نفوذ ، تصرفه فى الزائد على قوته أو تبرعه بماله [3] .

وعرفه الشافعية [4] بأنه : المنع من التصرفات المالية [5] .

وعرفه الحنابلة [1] بأنه : منع الإنسان من التصرف فى ماله [2] ، وعرفه الزيدية[3] بأنه : منع من التصرف فى الملك [4] ولم يتعرض الظاهرية [5] لتعريف الحجر

= يراجع : إعجام الأعلام لمحمود مصطفى 49 ط : دار الكتب العلمية – بيروت ، النجوم الزاهرة فى ملوك مصر والقاهرة 12/2 ط : دار الكتب – وزارة الثقافة ، وفيات الأعيان وأنباء أبناء الزمان لابن خلكان 5 / 405 ط : دار صادر – بيروت .

(1) يراجع : حاشية رد المحتار المسماة حاشية ابن عابدين 6/ 143 ط : مصطفى البابى الحلبى ، نتائج الأفكار المسمى بتكملة شرح فتح القدير لقاضى زاده 9 / 254 ، البحر الرائق شرح كنز الدقائق لابن نجيم 8 / 89 ط : دار المعرفة .

(2) المالكية : نسبة إلى تابعى مذهب الإمام مالك بن أنس بن عامر الأصبحى المدنى ، ولد عام 93هـ ، وقيل 95 ، وقيل 97 هـ ، إمام دار الهجرة ، أحد كبار فقهاء المسلمين كان فقهيا ورعا ، أخذ الفقه عن أبن هرمز ، ونافع مولى ابن عمر وغيرهما. ، وعنه أخذ الشافعى ، والليث وغيرهما ومن أشهر مؤلفاته الموطأ، مات رحمة الله سنة 179 ، ودفن بالبقيع .

يراجع : النجوم الزاهرة 2 / 97 ، وفيات الأعيان 4 / 135 ، شذرات الذهب 289/1 ط : دار الفكر – بيروت .

(3) يراجع حاشية الدسوقى 3 / 292 ، المعونة 2 / 158 هامش 2 ، بلغة السالك لأقرب المسالك 2 / 28 .

(4) الشافعية : نسبة إلى مذهب الإمام الشافعى ، فيقال : تشفع ، تذهب فى الفقه بمذهب الإمام محمد بن إدريس الشافعى . يراجع : المعجم الوسيط 512 ، المعجم الوجيز 346 .

والشافعى هو : أبو عبد الله محمد بن إدريس الشافعى القرشى ، صاحب المذهب ، ولد سنة 150 هـ مائة وخمسون من الهجرة – نشأ يتيماً ، حفظ القرآن الكريم وهو ابن سبع سنين ، وموطأ الإمام مالك وهو ابن عشر سنين ، وهو أول من تكلم فى أصول الفقه ، أخذ العلم عن الإمام مالك وغيره ، وعنه أخذ الإمام مسلم وغيره ، صنف الأم ، والرسالة والإملاء وغيرهم ، توفى رحمه الله تعالى سنة أربع ومائتين من الهجرة.

يراجع : طبقات الشافعية الكبرى للسبكى 1 / 192 ط : دار إحياء الكتب العربية ، شذرات الذهب 2 / 9، 10 ، النجوم الزاهرة 2 / 176 ، سير أعلام النبلاء للذهبى 10/ 5 .

(5) يراجع : تكملة المجموع الثانية للمطيعى344/13، البيان العمرانى 206/6، مغنى المحتاج 225/2

ولكن يفهم من كلامهم أنه منع من التصرف فى المال [6] وعند الإمامية[1]: منع من التصرف[2].

---

(1) الحنابلة جمع حنبلى وهو من يقلد مذهب الإمام أحمد بن حنبل ، وتحنبل أقلد الإمام ابن حنبل فى مذهبه . يراجع : المعجم الوسيط 223 ، المعجم الوجيز 174 .

والإمام أحمد هو : أبو عبد الله أحمد بن حنبل بن شيبان ، أحد الأئمة الأعلام شيخ الإسلام ، ولد سنة أربع وستين ومائة من الهجرة ببغداد ، ونشأ بها ، ولقب بأمير المؤمنين فى الحديث ، وأخذ العلم عن الشافعى وغيره ، وأخذ عنه البخارى ومسلم ، وأبو داود ، وغيرهم ، ومن مصنفاته : المسند توفى رحمه الله تعالى سنة 241 هـ إحدى وأربعين ومائة من الهجرة .

يراجع : نزهة الفضلاء للذهبى 1/ 811 ط : دار الأندلس ، صفة الصفوة لابن الجوزى 2/ 366 وفيات الأعيان 1 / 63 ، 64 ، تذكرة الحفاظ 1 / 131 .

(2) يراجع : الشرح الكبير لابن قدامة بهامش المغنى 6 / 147 ط : دار الحديث ، كشاف القناع 416/3 الروض المربع للبهوتى شرح زاد المستقنع 332 ط : دار الحديث .

(3) الزيدية : فرقة من الشيعة تنسب إلى زيد بن على بن الحسين رضى الله عنهما ، ومذهبهم هو السائد فى اليمن ، وهو حصر الإمامة فى أولاد على من فاطمة .

يراجع : المعجم الوسيط 434، الملل والنحل للشهرستانى 1 / 59 ، مطبوع بهامش الفصل فى الملل والأهواء والنحل للإمام ابن حزم الظاهرى ، مكتبة السلام العالمية . تاريخ التشريع الإسلامى د / عبد الفتاح الشيخ 201 ط : 1401هـ 1981م ،

(4) يراجع : البحر الزخار الجامع لمذاهب علماء الأمصار لابن مرتضى 6 / 89 ، نشر دار الكتاب الإسلامى – القاهرة .

(5) الظاهرية : هم أتباع داود بن علي بن خلف الأصبهانى الظاهرى أبو سليمان ولد سنة 202 هـ ، زعيم أهل الظاهر ، لأنه اعتمد فى مذهبه على ظاهر الكتاب والسنة ، انتهت إليه رئاسة العلم فى بغداد ، سمع من أبى ثور ، وإسحاق بن راهوية وروى عنه ابنه محمد وغيره ، وله تصانيف كثيرة فى الفقه توفى سنة 270 هـ رحمه الله تعالى .

يراجع : شذرات الذهب 2 / 158 ، وفيات الأعيان 2 / 26 ، الأعلام 2 / 333 ، تاريخ بغداد للحافظ أبى بكر الخطيب البغدادى المتوفى سنة 463هـ 8 / 369 ، ط : دار الكتب العلمية بيروت ، ميزان الاعتدال فى نقد الرجال لأبى عبد الله محمد الذهبى المتوفى سنة 748 هـ – 2 / 14 ط :/ دار المعرفة – بيروت ، البداية والنهاية للإمام الحافظ ابن كثير المتوفى سنة 774هـ – 11 / 47 ط : دار الفكر .

(6) يراجع : المحلى بالآثار 7 / 140 ط : دار الحديث مسألة رقم 1394 .

وعند الإباضية [3] : نزع الحاكم مال المفلس [4] .

وبالنظر فى التعاريف السابقة للحجر يتضح أن تعريف الأحناف والمالكية يحمل معنى واحد وأنه أكثر ضبطا وتحديدا للمراد من الحجر ، فالتصرفات القولية يمكن إيقاف حكمها بعدم نفاذها ، بعكس التصرفات الفعلية ، فلا يمكن إزالتها بعد وقوعها، فالمقصود من الحجر هو منع نفاذ التصرف وإبطال أثره ، ولو وقع فعلا فلا ينتج أثره .

فالحجر يهدف أساسا إلى توخى مصلحة الدائنين بمنع المدين من التصرفات الضارة بغرمائه فى ماله حتى يباع ويقسم بينهم كل بقدر حصته ، وبقية التعاريف تكاد تحمل معنى واحد وهو منع التصرف فلذا كان التعبير يمنع النفاذ أولى من التعبير بمنع التصرف[5].

---

(1) الإمامية : نسبة إلى الإمام أو الإمامة ، وتطلق على فرقة من الشيعة تقول بإمامة على وأولاده دون غيرهم . يراجع : المعجم الوسيط 47 ، تاريخ التشريع د / عبد الفتاح الشيخ 199 ، التعريفات للجرجانى 53 ، الملل والنحل للشهرستانى 2 / 2 .

(2) يراجع : شرائع الإسلام 2 / 89 .

(3) الإباضية : فرقة من الخوارج شاع أمرها فى أواخر الدولة الأموية ، تنسب إلى عبد الله بن أباض التميمى، ولا يزال منهم بقايا فى الجزائر وعمان ، وقالوا مخالفونا من أهل القبلة كفار ، وهم أكثر الخوارج اعتدالا وأقربهم إلى أهل السنة والجماعة ، وربما كان هذا سر استمرارهم .

يراجع : المعجم الوسيط 23 ، التعريفات للجرجانى 20 ، الملل والنحل للشهرستانى I / 141 تاريخ التشريع الإسلامى د / عبد الفتاح الشيخ 209 .

(4) يراجع : كتاب النيل 13/ 609 – 619 .

(5) يراجع : الحجر والولاية على المال فى الشريعة الإسلامية د / عبد الفتاح النجار ص 3 ، رسالة دكتوراه فى الفقه الإسلامى من جامعة الأزهر بكلية الشريعة والقانون بالقاهرة 1400 هـ – 1980م .

ثانيا : موقف الفقهاء من الحجر على المدين وبيع ماله جبرا عنه :

تحرير محل النزاع :

اتفق الفقهاء على أن المدين الملئ الموسر الذى لـــه مال ظاهر يفي بجميع ديونه المستحقة، وكان هذا المال من جنس[1] الدين الذى عليه بأن كان دينه دراهم [2] وله دراهم، أو دراهم ، وله دنانير [3] أو عكس ذلك ، وماطل [4] أى امتنع عن دفع ما عليه من دين حال فإنه لا يحجر عليه ، ولكن يجبره الحاكم على الوفاء

---

(1) الجنس لغة : هو الضرب من كل شيء ، والجمع أجناس ، وهو أعم من النوع ، فالحيوان جنس والإنسان نوع . واصطلاحا : اسم دال على كثيرين مختلفين بأنواع .

يراجع : المصباح المنير 71 كتاب الجيم مادة جنس ، مختار الصحاح 72 باب الجيم مادة جنس التعريفات للجرجانى 107 .

وتغير العملات من دراهم ودنانير إلى ريال وجنيه وغير ذلك من العملات لا يؤثر فى الحكم ، لأن العملات كلها تعتبر جنس واحد .

(2) الدرهم : قطعة من فضة كانت تضرب للتعامل بها ، وهو اثنى عشرة حبة خرنوب ،وهو أحد الأوزان قبل الإسلام، وجزء من أثنى عشر جزءا من الأوقية ، ويزن فى العصر الحاضر(2.97) جرامان وسبع وتسعون من المائة .

يراجع : المصباح المنير 118 كتاب الدال مادة درهم ، المعجم الوسيط 306 باب الدال مادةً درهم الموازين والمكاييل والمقاييس والأحكام المتعلقة بها لمحمد نجم الدين الكردى ص 113 ، 241 ، رسالة ماجستير من جامعة الأزهر 1401 هـــ – 1981م .

(3) الدينار : نقد ذهب ضرب فى الدولة الإسلامية ، وهو اليوم عملة فى بعض الدول العربية ، وهو المثقال، ويساوى فى عصرنا الحاضر (4.25) أربع جرامات وخمس وعشرون من المائة .

يراجع : المصباح المنير 122 ، المعجم الوسيط 321 ، الفتح المبين فى حل رموز ومصطلحات الفقهاء والأصوليين أ.د / محمد الحفناوى ص 207 ط 1419هـــ ، مكتبة الأشعاع الإسكندرية .

(4) المطل لغة : التسويف ، والمدافعة بالدين ، يقال مطله حقه : أجل موعد الوفاء به مرة بعد أخرى .

يراجع : لسان العرب 11 / 624 باب اللام فصل الميم ، القاموس المحيط 4/ 52 ، باب اللام فصل الميم. المصباح المنير 341 ، المعجم الوسيط 914 ، . وشرعا : منع قضاء ما استحق أداؤه أو تأخيره بغير عذر . أو الدفع عن الحق بوعد .

يراجع : معجم لغة الفقهاء 436 ، فتح البارى 4 / 570 ، شرح النووى لصحيح مسلم 10/ 173 نيل الأوطار 5 / 281 .

بالتعزير[1] ، وإن أصر على الامتناع باع الحاكم ماله جبراً عنه للوفاء بدينه ، وكذلك اتفق الفقهاء على أن المدين المعدم الذى لا يملك ما يفي بديونه الحالة ، فإنه لا يحجر عليه لأنه ليس لديه ما يمكن الحجر عليه من أجله ، أو بيعه لقضاء دينه . بل هو منظور بانظار الله تعالى إلى ميسرة [2] .

ولكنهم اختلفوا فيما إذا كان المدين له مال من غير جنس الدين بأن كان له عروض [3] وعليه دراهم أو دنانير ، أو كان الدين معسرا [4] غير معدم بأن كان

---

(1) التعزير لغة : له معنيان : أحدهما : التعظيم والمناصرة والأخر التأديب واللوم ، لأنه من الأضداد والمراد هنا اللوم .

واصطلاحا : تأديب على ذنب لاحد فيه ولا كفارة بضرب أو حبس كالاختلاس والإمتناع عن أداء الحق الواجب ، وقيل : عقوبة غير مقدرة تجب حقا لله أو لآدمى فى كل معصية ليس فيها حد ولا كفارة ، ومنها ترك الواجب ، ومن أمثلته ترك قضاء الدين عند القدرة وخيانة الأمانة ، والغش فى الأسواق والربا .

والقصد من التعزير، جبر الجانى على أداء الواجب عليه فيعاقب حتى يؤدى .

يراجع : لسان العرب 4 / 561 باب الراء فصل العين ، القاموس المحيط 2 / 91 ، باب الراء فصل العين ، المصباح المنير 243 ، تبصرة الحكام لابن فرحون 2 / 202 ، الفقه على المذاهب الأربعة للجزيرى 5 / 395 ، ط : مكتبة الإيمان بالمنصورة ، التعزيز فى الشريعة الإسلامية د / عبد العزيز عامر 52 ، 83 ، 294 ط : دار الفكر الطبعة الخامسة 1936هـ .

(2) يراجع : بدائع الصنائع 7 / 249 ، الذخيرة 8/ 167 ، مغنى المحتاج 2 / 200 ، المغنى 6 / 149 المحلى 7 / 140 ، شرائع الإسلام 2 / 89 ، البحر الزخار 6 / 89 ، النيل 13 / 619 .

(3) العروض : مأخوذ من عرض الشيء عرضا وعروضا : والعرض : متاع الدنيا قل أو كثر ، والعروض: الأمتعة التى لا يدخلها كيل أو وزن ، ولا تكون حيوانا ولا عقارا ، يراجع : لسان العرب 174/7باب الضاد فصل العين ، القاموس المحيط 347/2 باب الضاد فصل العين ، المصباح المنير 240 المعجم الوسيط 623 ، مختار الصحاح 202 .

(4) المعسر: مأخوذ من عسر عسرا أى صعب وشاتد ، وعسر المدين طلب منه الدين على ضيق ذات اليد وأعسر افتقر وضاق حاله ، والعسرة ، ضيق ذات اليد والعجز عن الوفاء بالدين . يراجع : المعجم الوسيط 629، 630 ، المصباح المنير 243 ، 244 .

مفلسا [1] وامتنع من الوفاء بما عليه من ديون حالة ، فى جواز الحجر عليه وبيع ماله جبراً عنه للوفاء بدينه وذلك على قولين :

سبب اختلاف الفقهاء :

يرجع سبب اختلاف الفقهاء إلى تعارض الآثار فى هذا المعنى والمقاييس فالأول يرى أن يحجر عليه تخليصاً لذمته ، ويرى الثانى أنه يحبس ويشدد عليه حتى يبيع بنفسه [2].

القول الأول: ذهب إليه جمهور الفقهاء " أبو يوسف [3] ....
ومحمد [4] من الحنفية ، والمالكية ، والشافعية ، والحنابلة ، والظاهرية ، والإمامية، وقول للإباضية " .

---

(1) المفلس لغة : مأخوذ من فلس من الشيء فلسا : خلا منه وتجرد فهو فلس ، وأفلس فلان فقد ماله فأعسر بعد يسر ، فهو مفلس .

واصطلاحا : من لزمه من الدين أكثر من ماله الموجود ، وقيل : التفليس : حكم الحاكم بخلع الرجل من ماله لغرمائه لعجزه عن قضاء ما لزمه .

يراجع : المصباح المنير 286 ، مختار الصحاح 238 ، شرح حدود ابن عرفه لأبى عبد الله الرصاع 2/ 417 ، ط : دار الغرب الإسلامى – بيروت ، البيان العمرانى 6/ 131 ، كشاف القناع 3/ 417 .

(2) يراجع : بداية المجتهد ونهاية المقتصد للإمام أبى الوليد محمد بن رشد 2 / 435 ط : المكتبة التوفيقية ، الميزان الكبرى الشعرانية 2 / 100 ط : دار الكتب العلمية – بيروت .

(3) أبو يوسف هو : يعقوب بن إبراهيم بن حبيب الأنصارى الكوفى البغدادى ، صاحب الإمام أبى حنيفة وتلميذه وناقل مذهبه وفقهه ولد سنة مائة وثلاث عشرة من الهجرة ، كان فقيها وأول من دعى بقاضى القضاة، من كتبه، الخراج، والآثار، والنوادر ، توفى " رحمة الله تعالى " سنة اثنتين وثمانين ومائة من الهجرة .

يراجع : الفوائد البهية فى تراجم الحنيفة للهندى 225 ، ط : دار المعرفة – بيروت ، الأعلام 8 / 193 ، تذكرة الحفاظ 1 / 292 .

(4) محمد هو : الإمام محمد بن الحسن بن واقد الشيبانى ، تلميذ الإمام أبى حنيفة ، وناقل مذهبه وفقهه سمع من مالك ، والأوزاعى ، والثورى ورواي موطأ الإمام مالك ، ومن كتبه : المبسوط : والجامع الصغير والكبير ، توفى "رحمه الله تعالى " سنة تسع وثمانين ومائة من الهجرة .

يراجع : الفوائد البهية 163 ، وفيات الأعيان 4 / 184 ، شذرات الذهب 1 / 321 ، طبقات الفقهاء للشيرازى 135 ط : دار الرائد العربى – بيروت .

إلى أنه : إذا امتنع المدين وماطل في الوفاء بدينه الحال بعد ثبوته عليه ، سواء كان له مال يفي بدينه ، أولا يفي بدينه ، وطلب الدائنون كلهم أو بعضهم الحجر عليه ، أجابهم القاضي إلى طلبهم ، وحجر عليه ومنعه من التصرف الذى يضر بالدائنين ، وباع ماله جبراً عليه وفاءاً لما أحاط به من الدين وقسمه بين غرمائه بنسبة ديونهم .

إلا أن الظاهرية منعوا الحجر على المدين وقالوا يباع ماله جبراً عنه للوفاء بدينه ولا يحجر عليه [1] .

القول الثانى :

ذهب إليه " أبو حنيفة وزفر [2] ، والزيدية ، وقول للإباضية .

إلى أنه لا يحجر على المدين ولو طلب الغرماء ذلك ، ولا يجوز للحاكم أن يبيع ماله جبرا عنه للوفاء بدينه ، بل يحبسه القاضي أبداً حتى يبيع ماله بنفسه ويفى ماعليه [3] .

---

(1) يراجع : المبسوط للسرخسى 24 / 63 ، البحر الرائق 8 / 89 ، الهداية شرح البداية 4 / 80 بدائع الصنائع 7 / 249 ، الذخيرة 8 / 167 ، بلغة السالك 2 / 120 ، بداية المجتهد 2 / 435 تكملة المجموع للمطيعى 13/ 279 ، مغنى المحتاج 2 / 200 ، 205 ، المغنى لابن قدامة 6 / 149 ، شرح الزركشي على مختصر الخرقي للشيخ شمس الدين محمد الزركشى 4 / 63 ط : مكتبة العبيكان – الرياض ، المحلى 7 / 140 ، ط : دار الحديث ، شرائع الإسلام للحلى 2 / 89 ، الروضة الندية شرح الدرر البهية للقنوجى 2 / 238 ، ط : دار التراث – القاهرة ، شرح كتاب النيل 13/ 619 .

(2) زفر هو : أبو الهذيل زفر بن الهذيل العنبرى البصرى الإمام صاحب أبى حنيفة ، ولد سنة 110هـ كان صاحب حديث ثم غلب عليه الرأى وكان جامعا بين العلم والعبادة ، روى عن حجاج بن أرطأه وروى عنه أبو نعيم ، وحسان بن إبراهيم وتوفي سنة 158 هـ .

يراجع : شذرات الذهب 1 / 243 ، وفيات الأعيان 2 / 317 وما بعدها ، الفوائد البهية 75 ، 76 الطبقات الكبرى لابن سعد 6 / 387 ط : دار صادر – بيروت ، تهذيب الأسماء واللغات للنووى 1 / 194 ط : دار الفكر – بيروت .

(3) يراجع : الهداية شرح البداية 4 / 80 ، المبسوط للسرخسى 24 / 157 وما بعده ، تبيين الحقائق 5/ 199 ، حاشية رد المحتار 6/ 150 ، الميزان الكبرى الشعرانية 2/ 100 ، البحر الزخار 6/ 89 –

الأدلـــة

أدلة أصحاب القول الأول :

استدل أصحاب القول الأول على ما ذهبوا إليه من جواز الحجر على المدين ، وبيع ماله جبراً عنه لقضاء دينه ، بالسنة ، والآثار ، والقياس [1] ، والمعقول .

أولا : من السنة :

1 – **ما روى عن كعب بن مالك عن أبيه – رضى الله عنهما – أن النبى – صلى الله عليه وسلم – حجر على معاذ ماله وباعه فى دين كان عليه . وفى رواية أخرى عن عبد الرحمن بن كعب** [2] قال : كان معاذ بن جبل شاباً سخياً ، وكان لا يمسك شيئا فلم يزل يدان حتى أغرق ماله كله فى الدين ، فأتى النبى – صلى الله عليه وسلم – فكلمه ليكلم غرماءه فلو تركوا لأحد لتركوا لمعاذ ، لأجل رسول الله – صلى الله عليه وسلم – فباع لهم رسول الله – صلى الله عليه وسلم – ماله حتى قام معاذ بغير شيء [3] .

2 – ما روى عن أبى سعيد الخدرى [4] – رضى الله عنهما – أنه قال : أصيب رجل على عهد رسول الله – صلى الله عليه وسلم – فى ثمار ابتاعها فكثر

=الروض النضير 3 / 468 ، السيل الجرار المتدفق على حدائق الأزهار للشوكانى 4 / 246 ، 250 ط : دار الكتب العلمية – بيروت ، النيل 13 / 619 ، سبل السلام 3 / 113 .

(1) القياس لغة : التقدير والمساواة يقال : قاس الشيء على غيره وبه ، قدره على مثاله . واصطلاحا : فلقد عرفه الآمدى وابن الحاجب بأنه : مساواة فرع لأصل فى علة حكمه . يراجع : المصباح المنير 310 المعجم الوسيط 800 ، الإحكام للآمدى 3 / 9 ، نهاية السول للأسنوى 3 / 30 .

(2) عبد الرحمن بن كعب هو : أبو الخطاب عبد الرحمن بن كعب بن مالك الأنصارى السلمى التابعى، روى عن أبيه وأخيه عبد الله ، وعائشة ، وجابر ، وغيرهم ، وروى عنه ابناه عبد الله ، وكعب ، وأبو أمامه ، والزهرى ، وآخرون ، روى له البخارى ومسلم توفى سنة 101 هـ . يراجع : شذرات الذهب 1 / 122 ، تهذيب الأسماء واللغات 1 / 282 ، 283 .

(3) الحديث سبق تخريجه ص 34 .

(4) أبو سعيد الخدرى هو أبو سعد سعد بن مالك الأنصارى الخزرجى الخدرى المدنى من علماء الصحابة وكان أبوه صحابيا ، وكان ممن بايع تحت الشجرة ، روى عن النبى – صلى الله عليه وسلم =

دينه ، فقال رسول الله – صلى الله عليه وسلم – تصدقوا عليه ، فتصدق الناس عليه ، فلم يبلغ ذلك وفاء دينه ، فقال رسول الله – صلى الله عليه وسلم – لغرمائه ، خذوا ما وجدتم ، وليس لكم إلا ذلك .

وقيل إن هذا الرجل كان معاذ بن جبل [1] .

وجه الدلالة من هذين الحديثين :

يدل الحديث الأول على الحجر على المدين ، وبيع ماله جبراً عنه لقضاء دينه دلالة ظاهرة بفعل النبى – صلى الله عليه وسلم – حينما حجر على معاذ وباع ماله فى دينه .

ويدل الحديث الثانى على أنه يسلم إلى الغرماء جميع مال المدين مالم يقض دينهم لأن النبى – صلى الله عليه وسلم – أمرهم أن يأخذوا ما يجدون ، ولم يأمرهم باستئذانه ، لأن حقهم أقوى من حقه ، وليس المراد انهبوا ماله ، بل خذوا ماله بالحصص التى لكم الآن كل بقدر حصته ، وليس لكم المطالبة مادام معسراً بل نظرة إلى ميسرة [2] .

=ألفاً ومائة وسبعين حديثا وروى عن أبى بكر وعمر وعثمان وغيرهم ، وروى عنه ابن عمر وابن عباس وغيرهما ، توفى سنة 74 هـ " رحمه الله تعالى " .

يراجع : سير أعلام النبلاء 3 / 168 ، الأعلام 3 / 87 ، صفة الصفوة 1 / 714 ، نزهة الفضلاء 1/ 347 ، تذكرة الحفاظ 1 / 44 .

(1) الحديث صحيح أخرجه مسلم فى صحيحه كتاب المساقاة 10 / 166 حديث رقم 1556 ، وأبو داود فى سننه كتاب البيوع 3 / 274 ح 3469 ، وابن ماجه فى سننه فى كتاب الأحكام 2 / 789 ح 2356 ، النسائى فى سننه 7 / 265 ، والصنعانى فى سبل السلام 3 / 112 .

(2) يراجع : شرح النووى على صحيح مسلم 10 / 165 ، 166، نيل الأطار 5 / 292 . سبل السلام 3/ 112 ، 113 ، المعونة 2 / 165 ، بداية المجتهد 2 / 435 ، الحاوى الكبير للماوردى 7 / 384، شرح الزركشى على مختصر الخرقى 4 / 64، المحلى 6 / 478، البحر الزخار 6 / 80 .

ثانيا : من الآثـــار :

ما روى عن عمر بن عبد الرحمن [1] عن أبيه أن رجلا من جهينه [2] يقال له أسيفع [3] كان يشترى الرواحل [4] فيغالى فيها ، ثم يسرع السير فيسبق الحاج ، فأفلس ، فرفع أمره إلى عمر بن الخطاب – رضي الله عنه – فقال : أما بعد أيها الناس ، فإن الأسيفع أسيفع جهينه -قد رضى من دينه وأمانته [5] ، أن يقال سبق الحاج ، إلا أنه (أدان معرضا) [6] فأصبح وقد (رين به) [1] فمن كان له عليه

---

(1) عمر بن عبد الرحمن هو : عمر بن عبد الرحمن بن الحارث بن هشام المخزومى المدنى ، ولد سنة 23 هـ ، وكان من أكابر التابعين ، روى عن جماعة من الصحابة منهم أبو بكر بن عبد الرحمن أخيه ، وعائشة وغيرهما وروى عنه الشعبى ، وعبد الملك بن عمير وغيرهما . توفى رحمه الله تعالى بعد عام 70 هـ . يراجع : تهذيب الكمال فى أسماء الرجال للحافظ جمال الدين المزي 14 / 110 ، 111 ط : دار الفكر – بيروت ، 1414هـ 1994م ، بإشراف هيئة البحوث والدراسات ، تهذيب التهذيب للإمام شهاب الدين بن حجر 7 / 472 ، 473 ، ط الأولى 1326هـ .

(2) جهنية : من قبائل الحجاز العظيمة وتمتد منازلها على الساحل من جنوبى ديربلى حتى ينبع ويثرب وفى متسع من برية الحجاز . وفيه بطون كثيرة وتنسب إلى زيد بن ليث بن أسلم من القحطانية ، وقاتلوا مع الرسول صلى الله عليه وسلم فى غزوة حنين ومدحهم . يراجع : معجم قبائل العرب القديمة والحديثة لعمر رضا كحالة 215/1 – 217 .

(3) أسيفع : مأخوذ من السفع الذى هو التغير ، ومنه قوله تعالى : " **لنسفعا بالناصية** " جزء من الآية رقم 15 من سورة العلق ، أى سفعته النار والشمس : إذا غيرت وجهه إلى مال تسويد ، فإما أن يكون متغير اللون ، أو سمي بذلك لتغير حاله بالدين . يراجع : لسان العرب 8 / 156 ، باب العين فصل السين ، ط : دار صادر بيروت، المعجم الوسيط 459 ، الجامع لأحكام القرآن للقرطبى 20 / 126 ، الذخيرة 8 / 158 .

(4) الرواحل : جمع راحلة ، وهى المركب من الإبل ذكرا كان أو أنثى ، ومثل : الناقة التى تصلح أن ترحل أو الصالح للأحمال والأسفار. يراجع: لسان العرب 3/ 1608باب اللام فصل الراء . المصباح المنير 136 ، المعجم الوسيط 359 .

(5) رضى من دينه وأمانته : إشارة إلى ما كان يعتمده من الرياء وتضييع المال . فيفسد دينه وأمانته بتضييع أموال الناس. يراجع : الذخيرة للقرافى 8 / 158 .

(6) أدان معرضا : اى أخذ الدين غير عازم على الوفاء ، معرضا عنه ، فكان لا يبالى فى مغالاة الرواحل . يراجع : الذخيرة 8 / 158 ، البيان العمرانى 6 / 134 .

دين فليأتنا غدا فإنا بايعو ماله وقاسموه بين غرمائه ، وإياكم والدين فإن أوله هم وأخره حرب [2].

وجه الدلالة من هذا الأثر :

يدل هذا الأثر على مشروعية الحجر على المدين ، وإشهار أمره ، وبيع ماله وتوزيعه على الغرماء بالسوية ، لأن عمر بن الخطاب رضى الله عنه طلب اجتماعهم ، وكان هذا العمل بمجمع من الصحابة – رضى الله عنهم – ولم ينكر عليه أحد ، فدل ذلك على اتفاقهم على أن يباع مال المدين لدين مستحق عليه [3] .

ثالثا : من القياس :

1 – قياس المدين على المريض فى الحجر ، فلما جاز الحجر بسبب المرض من أجل الورثة ، لأن المال صائر إليهم ، وإن لم يملكوه فى الحال ، فأولى أن يحجر على المدين لمصلحة الدائنين ، لأن المال لهم وقد استحقوه فى الحال .

2 – مال المدين تعلق به حق الدائن ، فيمنع المدين من التصرف فيه ، ويباع لمصلحة الغرماء ، فهو مثل العين المرهونة فى تعلق حق المرتهن بها ، ويمنع الراهن – المدين – من التصرف فيها وتباع فى قضاء دينه .

---

(1) رين به : الرين : التغطية ، ومنه قوله تعالى : (كلا بل ران على قلوبهم ما كانوا يكسبون) الآية رقم 14 من سورة المطففين ، أى غطى قلوبهم كسبهم السيء عن سماع الحق ، وهذا غطاه دينه أى غطى الدين ماله ، ويقال : رين ، أى وقع فيما لا يستطيع الخروج منه ، وغلبه وأحاط بماله الدين وعلته الديون . يراجع : لسان العرب 13 / 192 باب النون فصل الراء ، المعجم الوسيط 410 ، الجامع لأحكام القرآن للقرطبى ، 9 / 249 ، الذخيرة للقرافى 8 / 158 ، البيان العمرانى 6 / 134 ، تكملة المجموع للمطيعى 13/ 273 .

(2) الأثر أخرجه مالك فى الموطأ 2 / 130 ، البيهقى فى سننه الكبرى 6 / 49 ، الرافعى فى تلخيص الحبير 4/ 197 .

(3) يراجع : نيل الأوطار 292/5 ، سبل السلام 3/ 114، المبسوط للسرخسى 24/ 166 ، بداية المجتهد 2 / 436 ، الذخيرة 8 / 158 ، البيان 6 / 134 ، تكملة المجموع للمطيعى 13/ 273 ، المبدع شرح المقنع لابن مفلح 4/ 321 ، ط : المكتب الإسلامى – بيروت ، كشاف القناع 3 / 432 ، المحلى 6/ 479 ، البحر الزخار 6/ 80، 81 .

3 – **قياس المدين على السفيه** [1] ، فكما أنه يحجر على السفيه نظراً لمصلحته فأولى أن يحجر على المدين نظراً ورعاية لحقوق الدائنين ، والمدين محتاج إلى قضاء دينه فجاز بيع ماله بغير رضاه كالسفيه والصغير .

4 – قياس مال المدين إذا كان من أحد النقدين – الذهب والفضة – فإنه يباع فى دينه بالإجماع . فكذا ماله إذا كان من غير النقدين بجامع أن كل دين يباع فيه الذهب والفضة يباع فيه غيرهما من عروض التجارة [2] .

رابعا : من المعقول :

1 – عدم الحجر على المدين يؤدى إلى ضياع حقوق الدائنين ، وفى الحجر عليه مصلحة لهم حتى لا يضيع عليهم مالهم ، إذ عساه أن يلجئ أمواله بالتبرعات[3] ، أو التصرفات الصورية " كالبيع فى صورة الهبة " ليهرب من أداء الديون ، أو يقر [4] بالمال لغير الدائنين فتذهب حقوقهم ظلماً .

2 – أنه يجب بيع مال المدين للوفاء بدينه، فإن امتنع قام القاضى مقامه ، حتى لايقع ضرر بالدائنين ، ولأن من امتنع عن إيفاء حق واجب مستحق عليه،

---

(1) السفيه لغة : المبذر لماله فيما لا ينبغى ، وهو مأخوذ من السفه ، وهو الخفة ، ويطلق على النقص فى العقل . يراجع : المصباح المنير كتاب السين مادة سفه 169 ، المعجم الوسيط 460 .

واصطلاحا : صرف المال وإتلافه فيما لا مصلحة منه ، وقيل : هو سوء التصرف ، كشراء ما يساوى درهما بمائة ، أو خفة تعرض للإنسان من الفرح أو الغضب فتحمله على العمل بخلاف موجب الشرع والعقل . يراجع : تكملة شرح فتح القدير 9 / 259 ، مغنى المحتاج 2 / 232 ، الروض النضير 3 / 472 ، التعريفات للجرجانى 158 ، أحكام المعاملات الشرعية للشيخ على الخفيف 269 .

(2) يراجع : تبيين الحقائق 5/ 199 ، الذخيرة 8/ 167 ، المعونة 2/ 165 ، الحاوى الكبير للماوردى 7 / 385، المغنى والشرح الكبير 6/ 195 ، 196 ، كشاف القناع 3 / 423 ، 432 ، المبدع 4 /321 .

(3) التبرعات : جمع تبرع ، وهو العطاء والتفضل ، وهو أن يعطى من غير سؤال، أو يتفضل بما لا يجب عليه غير طالب عوضا . يراجع : المصباح المنير 32 ، المعجم الوسيط 70 .

(4) الإقرار لغة : الثبوت ، مأخوذ من قر الشيء : إذا ثبت ، ويسمى الإقرار إعترافا . يراجع : المصباح المنير 295 ، المعجم الوسيط 759 .

واصطلاحا : إخبار بحق لغيره عليه . يراجع : حاشية قليوبى 3/ 2 ، مغنى المحتاج 2 / 322 .

وهو ما تجرى فيه النيابة ناب القاضى منابه ، كما يحدث فى المجبوب [1] والعنين [2] ، إذا امتنعا عن التطليق فإن القاضى ينوب عنهما فيفرق بين كل منهما وزوجته ، لأن فى الإمتناع ظلم ، وللقاضى ولاية رفع المظالم [3] .

أدلة : أصحاب القول الثانى :

استدل أصحاب القول الثانى على ما ذهبوا إليه من عدم جواز الحجر على المدين وعدم جواز بيع ماله جبرا عنه ، بالكتاب والسنة والمعقول .

أولا : من الكتاب :

1 – قول الله تعالى : ﴿ وأحل الله البيع وحرم الربا .... الآية ﴾ [4] .

2 – وقوله تعالى : ﴿ يا أيها الذين آمنوا لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل إلا أن تكون تجارة عن تراض منكم .... الآية ﴾ [5].

---

(1) المجبوب لغة : مأخوذ من جببته جبا : قطعته . واصطلاحا : مقطوع جميع الذكر أو بعضه بحيث لم يبق منه ما يطأ ، وقيل هو فاقد الآلة .

يراجع : المصباح المنير 58 ، المعجم الوسيط 125 ، شرح فتح القدير لابن الهمام 4/ 301 ، مغنى المحتاج 3 / 259 ، كشاف القناع 5/ 105

(2) العنين لغة : مأخوذ من عن الشيء : إذا اعترض ، وعن الرجل عنه : عجز عن الجماع لمرض يصيبه فهو معنون وعنين .

واصطلاحا : من لا يقدر على إتيان النساء مع قيام الآلة ، يراجع : المصباح المنير 257 ، المعجم الوسيط 664 ، شرح فتح القدير 4/ 297 ، مغنى المحتاج 3 / 259 ، كشاف القناع 5 / 106 .

(3) يراجع : المبسوط للسرخسى 24/ 164 ، تبيين الحقائق للزيلعى 5 / 199 ، الهداية شرح البداية 4 / 80، بداية المجتهد 2 / 436 ، مغنى المحتاج 2 / 200 ، الروض المربع شرح زاد المستقنع للبهوتى 332 ، ط : دار الحديث 1415هـ ، الأحوال الشخصية للإمام محمد أبو زهرة 451 ، ط : دار الفكر، الملكية ونظرية العقد فى الشريعة الإسلامية د/ أحمد فراج حسين ص 254 .

(4) جزء من الآية 275 من سورة البقرة .

(5) جزء من الآية رقم 29 من سورة النساء .

وجه الدلالة من الآيتين الكريمتين :

شرع الله لعباده البيع وغيره من التصرفات عموما ، والحجر عن المشروع متناقض ، وبيع مال المدين جبرا عنه تجارة لا عن تراض ، فلا يجوز ويكون بيعا باطلا [1] لأن البيع المشروع إنما يكون برضا البائع .

ثانيا : من السنة :

ما روى عن أنس [2] رضى الله عنه أن النبى – صلى الله عليه وسلم – قال : (لا يحل مال امرئ مسلم لا بطيب نفسه) [3] .

وجه الدلالة من هذا الحديث :

يدل هذا الحديث على أن البيع لابد وأن يكون عن طيب نفس ، ونفس المدين لا تطيب ببيع ماله جبراً عنه ، حيث إنه مطالب بأداء دينه ، وليس البيع طريقا متعينا للأداء ، فليس متعينا لرفع الظلم ، وليس للقاضى أن يلجأ إليه ، لأنه من حقه أن يرفع الظلم مع سلوك ما يتعين طريقا لرفعه ، وليس هذا طريقا متعينا لرفعه [4] .

---

(1) يراجع : جامع البيان عن تأويل أي القرآن للإمام أبى جعفر الطبرى 5/ 30 ط: مصطفى البابى الحلبى سبل السلام 3 / 113، بدائع الصنائع 7 / 250، الهداية 4 / 80، تبيين الحقائق 5 / 199 .

(2) أنس هو : أنس بن مالك بن النضر الأنصارى أبو حمزة الخزرجى البخارى ، من حفاظ الصحابة وأعلامهم ، شهد خيبر وما بعدها ، خدم النبى – صلى الله عليه وسلم – عشر سنين ، ودعا له بكثرة المال والولد والبركة فيهما ، روى عن طائفة من الصحابة ، وروى عنه بنوه موسى ، والنضر وأبو بكر ، والحسن البصرى وغيرهم ، مات سنة تسعين وقيل 93 هـ ، آخر من مات من الصحابة بالبصرة – رحمه الله تعالى .

يراجع : شذرات الذهب 1 / 100 ، أسد الغابة 1 / 151 ، تذكرة الحفاظ 1 / 44 ، خلاصة تهذيب الكمال 40 – 41 ، ط / المطبوعات الإسلامية – حلب – بيروت ، طبقات الفقهاء للشيرازى 51 – 53 .

(3) الحديث أخرجه الدارقطنى فى سننه 3 / 26 ، وقال : فيه ضعف ، والبيهقى فى سننه 6 / 97 ، وقال : إسناده لا بأس به ، والشوكانى فى نيل الأوطار 5 / 378 .

(4) يراجع : نيل الأوطار 5 / 379 ، سبل السلام 3 / 113 ، المبسوط للسرخسى 24/ 166 ، تبيين الحقائق 5 / 199 ، الأحوال الشخصية للإمام محمد أبو زهرة 452 ، والهيثمى فى مجمع الزوائد 4/ 172 ، كتاب البيوع ، الرافعى فى تلخيص الحبير 3/ 52 .

ثالثا : من المعقول :

1- فى الحجر على المدين ومنعه من التصرف وبيع ماله جبراً عنه إبطالا لأهليته [1]، وإهداراً لحريته وإنسانيته ، وسلب لولاية المال عنه ، وإلحاقه بالبهائم ، وهذا شنيع ، وضرر كبير ، لأنه كامل الأهلية بالعقل [2] والتمييز [3] فلا يرتكب لدفع ضرر خاص أو أخف منه ، وهو ضياع المال على الدائن ، والمعهود فى الشرع ارتكاب أخف الضررين .

2 – تصرف المدين لنفسه أتم من تصرف الغير له ، فلو جاز للقاضى جبر المدين على بيع ماله لحق الغرماء ، أو بيعه جبراً عنه ، لجاز له بيع منافعه لجريانها مجرى الأموال مثل جبره على تأجير [4] نفسه وإعطاء كسبه للغرماء ، ومثل

---

(1) الأهلية : نوعان : أهلية الوجوب ، وأهلية الأداء ، فأهلية الوجوب هى: صلاحية الإنسان لأن تكون له حقوق قبل غيره ، وعليه حقوق وواجبات لغيره ، وتثبت لكل إنسان حي ، وهى ناقصة للجنين وكاملة بعد الولادة وليس لها أثر فى إنشاء العقود ، وأهلية الأداء هى : أهلية المعاملة والتصرف وهى أن يكون الإنسان صالحا لأن يلتزم بعبارته فيؤاخذ بها ، وثبوتها يستلزم ثبوت أهلية الوجوب دون العكس ومناطها : العقل والتمييز .

يراجع : أحكام المعاملات الشرعية للشيخ / على الخفيف 258 – 261 ، التعريفات للجرجانى 58 .

(2) العقل لغة : المنع والحبس : وهو مأخوذ من عقال البعير ، وسمى بذلك لأنه يعقل صاحبه عن التورط فى المهالك : أى يحبسه . فهو يمنع ذوى العقول من العدول عن سواء السبيل .

يراجع : تهذيب الأسماء واللغات 3 / 216 ، 217 ، المصباح المنير 252 ، المعجم الوسيط 647

واصطلاحا : صفة يميز بها الإنسان بين الحسن والقبح ، و الخير والشر ، والحق والباطل ومحله : قيل القلب ، وقيل الدماغ . يراجع : مغنى المحتاج 1 / 51 ، التعريفات للجرجانى 196 197 .

(3) التمييز هو : معرفة معانى الألفاظ التى تنشأ بها العقود ، والعلم بآثار تلك العقود ، ولا اعتداد بشيء من ذلك إلا لمن بلغ السابعة من عمره . يراجع : أحكام المعاملات الشرعية للشيخ : على الخفيف 261 .

(4) الإجارة لغة : مأخوذة من الأجر وهو الثواب والإجارة : الأجرة على العمل ، والأجرة : الكراء .
واصطلاحا : عقد على منفعة معلومة مقصودة بعوض معلوم .

يراجع : لسان العرب 1 / 31 باب الراء فصل الألف ، مختار الصحاح 27 ، مغنى المحتاج 2 / 449 ، التعريفات للجرجانى 23 .

جبر المرأة على التزوج لتدفع صداقها [1] فى الوفاء بديونها ، ولم يقل بذلك أحد ، فلا يجبر المدين على بيع ماله ، ولا يباع بغير رضاه .

3 – الضرر من الحجر على المدين وبيع ماله جبرا عنه ، أكثر من الضرر اللاحق بالدائنين من تأخير ديونهم .

ولذلك فلا يرتكب ما هو أكثر لدفع ما هو أقل ، بل يؤمر بسداد الدين الواجب عليه حفاظا على حريته فى التصرف وإنسانيته ، وإن امتنع عن الأداء يكون ظالما، وللدائن أن يطلب من القاضى حبسه حتى يبيع ماله بنفسه دفعا لظلمه ، وإعانه للدائنين على استيفاء ديونهم ، ولا يعتبر هذا إكراها على البيع ، لأن المقصود من الحبس هو الحمل والحث لإقضاء الدين بأى طريق كان ، سواء بالبيع أو الصدقة[2] أو غير ذلك ، لأن البيع غير متعين لقضاء الدين [3].

---

(1) الصداق لغة : ما تستحقه المرأة بعقد النكاح ، يراجع : تهذيب الأسماء واللغات 3 / 164 ، 165 المعجم الوسيط 536 .

واصطلاحا : اسم للمال الذى يجب للمرأة فى عقد نكاح أو وطء بشبهة ومن أسمائه الفريضة والمهر ، والنحلة ، والطول .

يراجع : مغنى المحتاج 3 / 281 ، الفقه على المذاهب الأربعة 4 / 98 ، حقوق الزوجة فى الفقه الإسلامى د / محمد حسنى سليم ص 7 ، ط 1403 هـ ط : دار الطباعة المحمدية .

(2) الصدقة لغة : ما يعطى على وجه القربى لله تعالى :

واصطلاحا : تمليك العين فى حال الحياة بلا عوض . والهبة والصدقة والهدية بمعنى واحد إلا أنها تختلف بالنية ، فإن أراد ابتغاء وجه الله تعالى فصدقة ، وإن قصد الإكرام ، والتودد ، والمكافأة فهدية وإن قصد وجه الموهوب لــه او لم يقصد وجه الله أو التودد والإكرام فهبة . يراجع : المعجم الوسيط 536، مغنى المحتاج 2 / 537، لفقه على المذاهب الأربعة 3 / 259 وما بعدها .

(3) يراجع : بدائع الصنائع 7 / 251 . المبسوط للسرخسى 24/ 166 . تكملة شرح فتح القدير 9 / 271 تبيين الحقائق 5 / 199 ، البحر الزخار 6 / 81 ، الفقه الإسلامى وأدلته للزحيلى 4 / 2976 ، الملكية ونظرية العقد د / أحمد فراج حسين 254 ، الأحوال الشخصية للإمام محمد أبو زهرة 451 .

المناقشــة

مناقشة أدلة القول الأول :

نوقشت أدلة الجمهور بما يلى :

1 – بيع النبى – صلى الله عليه وسلم – مال معاذ – رضى الله عنه – كان برضاه وبإذنه ، لأنه لا يجوز البيع من قبل الحاكم إلا بعد أن يأمر المدين بالبيع فيأبى ويمتنع ، ولا يظن أن معاذاً خالف أمر النبى – صلى الله عليه وسلم – ويكره بيعه ويمتنع بنفسه عن قضاء الدين ، إذ روى أنه طلب من الرسول – صلى الله عليه وسلم – أن يبيع ماله لينال بركته فيصير دينه مقضيًا [1] .

ويجاب عن ذلك :

بإنه لم يكن مؤكدا أن النبى – صلى الله عليه وسلم – أمره بالبيع فأبى ، وطلب معاذ من النبى – صلى الله عليه وسلم – كان لطلب الرفق من الغرماء لمعاذ ، وقد ورد أنه صلى الله عليه وسلم بعثه إلى اليمن [2] ليجبره [3] .

2– المراد بالأخذ فى الحديث الثانى (خذوا ما وجدتم ..) الأخذ بإذنه لا الأخذ بدون إذنه [4] .

---

(1) يراجع : المبسوط للسرخسى 24 / 166 ، بدائع الصنائع 7 / 251 ، حاشية رد المحتار 6 / 150 ، تكملة فتح القدير 9 / 274 .

(2) اليمن : إقليم معروف كان لسبأ وتشتمل على تهامة ونجد اليمن ، وتهامة اسم لكل ما نزل عن نجد من بلاد الحجاز ومكة من تهامة وسميت بذلك لشدة الحر وركود الريح . يقال فى النسب إلى اليمن رجل يمني ويقال أن الناس كثروا بمكة فلم تحملهم فتيا من الناس إليها لأنها أيمن الأرض وقيل : تقع يمين الكعبة ، وحدودها عمان إلى نجران . يراجع : تهذيب الأسماء واللغات 3 / 41 ، 373 ، 374 ، معجم البلدان 447-449/5 .

(3) يراجع : الحاوى الكبير للماوردى 7 / 374 ، نيل الأوطار 5 / 292 ، (مرجع سابق) سبل السلام 3/ 113

(4) يراجع : الحجر والولاية على المال أ.د / عبد الفتاح النجار ص 120 .

ويجاب عن ذلك :

بأنه لو كان الأخذ بإذنه لو ضحه النبى – صلى الله عليه وسلم – وبينه ، وأمره أن يعطيهم ما معه من مال دون أن يأمر الغرماء أن يأخذوا ما وجدوه من غير استئذان منه [1].

3 – قول عمر بن الخطاب – رضى الله عنه – فى أسيفع جهينه إنا بايعو ماله وقاسموه بين الغرماء ، يحمل على أنه كان برضاه وبإذنه له بالتصرف فيه وتمكينه من المال أو أنه كان من جنس الدين الذى عليه [2] .

ويجاب عن ذلك :

بأن فعل عمر ضى الله عنه لم يكن بإذن من أسفيع جهينه ، ولو كان بإذن منه لنقل ذلك ، بل كان من فعل عمر – رضى الله عنه – بعد ما أفلس ورفع أمره إليه، وكان بجمع من الصحابة ولم ينكر عليه أحد [3] .

4 – قياس المدين على المريض لا يلزمنا " الحنفية " لأنه لا يحجر على المدين كما لا يحجر على المريض فلا تلزم ما يراه غيرنا ولا نراه [4] .

ويجاب عن ذلك :

بأن قياس الحجر على المريض لا يلزم أبا حنيفة ، لأن لا يقول به ولكن الحجر على المريض ثبت عند الجمهور ، وخلاف أبى حنيفة لا يمنع من الحجر وقيـــاس

---

(1) يراجع : الذخيرة للقرافى 8 / 157، الحجر والولاية على المال أ.د / عبد الفتاح النجار ص 125 .

(2) يراجع : المبسوط للسرخسى 24 / 166 ، حاشية رد المحتار لابن عابدين 6 / 150 ، تبيين الحقائق 199/5.

(3) يراجع : الذخيرة للقرافى 8 / 186 ، نيل الأوطار للشوكانى 5 / 292 .

(4) يراجع : بدائع الصنائع للكاسانى 7 / 249 ، الهداية شرح البداية 4 / 73 .

المدين عليه [1].

5 – تصرف المرتهن فى مال الرهن لسداد الدين المرهون به ، وقد ورد به نص خاص بخلاف بيع مال المدين للوفاء بدينه فلم يثبت فيه نص ، وما ورد فهو مؤول ومحتمل ويبقى على الأصل وهو المنع [2] .

ويجاب عن ذلك :

بأن بيع مال المدين ورد به نصوص كثيرة خاصة تجيزه ، كما ثبت ذلك من فعل النبى – صلى الله عليه وسلم – فى مال معاذ ، وحكم عمر رضى الله عنه فى أسيفع جهينة ، وثبت صحة ذلك [3] .

6 – القول بأن النقدين من الذهب والفضة كغيرهما من العروض والعقار [2] فما يباع فيه الذهب والفضة يباع فيه غيرهما ، غير صحيح ، لأن النقدين فى حكم الشيء الواحد بخلاف غيرهما [4] .

ويجاب عن ذلك :

بأن كل دين يباع فيه الذهب والفضة يباع فيه العقار والعروض ، فالنقدان يباعان فى الدين وكذلك العروض والعقار [5].

---

(1) الحاوى الكبير للماوردى 7 / 385 .

(2) يراجع : الحجر والولاية على المال أ . د / عبد الفتاح النجار ص 121 .

(3) يراجع : الحجر والولاية على المال أ. د / عبد الفتاح النجار ص 125 .

(4) العقار لغة : كل ملك ثابت له أصل كالمنزل والأرض .

واصطلاحا : مالا يمكن نقله وتحويله أصلا كالدار والأرض ، أو أمكن تحويله مع تغير صورته كالبناء والشجر .

يراجع : لسان العرب 4 / 3537 ، باب الراء فصل العين ، ط : دار المعارف . المصباح المنير 250 . أحكام المعاملات الشرعية للشيخ على الخفيف 36 . التعريفات للجرجانى 196 .

(5) يراجع : العناية على الهداية للبابرتى بهامش تكملة شرح فتح القدير 9 / 276 .

7- القول بأن الحجر على المدين فيه نظر لمصلحة الغرماء ، وخوف من التلجئة[1] أو الإضرار بالمال ، بأن يبيعه بيعا صوريا ويضيع حقوقهم : أمر موهو، وغير مؤكد بل متوقع ، فلا تهدر بسببه أهلية المدين ونبيع ماله جبرا عنه [2] .

ويجاب عن ذلك :

القول بأن التلجئة أو البيع الصورى متوهم وغير مؤكد هذا غير صحيح ، فهو أمر غير متوهم ولا نادر الحدوث بالنسبة للمدين الذى يماطل فى سداد الدين ولا يريد قضاءه فلو لم يكن سيئا لبادر وسارع بدفع ما عليه ، ولا يلجأ الدائن إلى الحاكم لطلب الحجر عليه وبيع ماله [3] .

8 - لا يصح أن يدفعنا الحرص على حقوق الدائنين إلى إنزال ظلم واقع بالمدين لخشية ظلم متوقع للدائنين ، فالواجب على المدين قضاء الدين لا بيع ماله ، والبيع لا يتعين لقضاء الدين بل يكون به وبغيره كالإستقراض ، فلذا لا ينوب القاضى عن المدين فى بيع ماله لأنه ليس للقاضى جبر المدين المعسر على تأجير نفسه، أو جبر المرأة على الزواج لقضاء الدين من صداقها بخلاف المجبوب والعنين ، لأن الواجب الإمساك بالمعروف أو التسريح بإحسان ، وتعذر الإمساك فتعين التسريح ، فإن امتنع المجبوب والعنين عن التسريح ناب الحاكم منابهما وقام بالتفريق جبراً [4].

---

(1) يراجع : المغنى لابن قدامة 6 / 195 ، المحلى لابن حزم 6 / 476 ، الأحوال الشخصية للإمام محمد أبو زهرة 451 .

(2) التلجئة : أن يظهرا المتعاقدان بيعا لم يريداه باطنا 0بل أظهراه خوفا من ظالم ونحوه ، كخوف ضياعه أو نهبه فالبيع باطل حيث تواطأ عليه ، وإن لم يقولا فى العقد تبايعنا هذا تلجئه لدلالة الحال عليه . يراجع : كشاف القناع 3 / 149 .

(3) يرنجع : العناية بهامش تكملة شرح فتح القدير 9 / 275 ، الهداية شرح البداية 4 / 80 .

(4) يراجع : شرح العناية على الهداية بهامش تكملة فتح القدير 9 / 275 ، المبسوط للسرخسى 24/ 166 .

ويجاب عن ذلك :

بأن الاحتياط لحفظ الأموال واجب ، وعند امتناع المدين من قضاء الدين يكون ظالما وهذا ظلم واقع على الدائن يجب رفعه ، والمدين عند ما ترك السعى للحصول على مال من أى طريق مشروع لسداد دينه وماطل فى دفع ما عليه ، فكأنه أراد أن يعين طريق البيع لسداد الدين ، فإذا لم يقم ببيعه قام الحاكم ببيعه نيابة عنه حفظا لأموال الدائنين [1] .

مناقشة أدلة القول الثانى :

نوقشت أدلة أبى حنيفة ومن وافقه بما يلى :

1 – الآية الدالة على أن البيع يكون عن تراض ، عامة [2] قد خصصها [3] حديث معاذ وغيره وفعل عمر – رضى الله عنه – الذى يدل على بيع مال المدين جبراً عنه لقضاء دينه .

---

(1) يراجع : البحر الرائق 8 / 89 ، الأحوال الشخصية للإمام محمد أبو زهرة 451 .

(2) العام : لغة : الشامل وخلاف الخاص ، ويقال : عم الشيء عموما ، شمل .

واصطلاحا : لفظ يستغرق جميع ما يصلح له بوضع واحد .

يراجع : المصباح المنير 256 ، كتاب العين مادة عمم ، المعجم الوسيط 660 ، 661 باب العين مادة عم منهاج الوصول فى علم الأصول للقاضى البيضاوى ، وشرحيه البدخشى والأسنوى 2 / 56 ط : محمد على صبيح وأولاده ، إرشاد الفحول للشوكانى 1 / 337 .

(3) الخاص لغة : مأخوذ من خص الشيء : خصوصا : نقيض عم وخص فلان بكذا انفرد به ، وجعله له دون غيره وتخصص فى علم كذا ، قصر عليه بحثه وجهده .

واصطلاحا : إخراج بعض ما يتناوله الخطاب، أو هو الشيء المخرج عن اللفظ بعض ما يتناوله .

يراجع : المصباح المنير 105 ، كتاب الخاء مادة خصص ، المعجم الوسيط 261 ، باب الخاء مادة خص منهاج الوصول للبيضاوى 2 / 78 ، إرشاد الفحول للشوكانى 1 / 408 .

والعام قد يخصص : حيث يجوز تخصيص الكتاب بالكتاب والسنة والإجماع ، كقول الله تعالى: (يوصيكم الله فى أولادكم للذكر مثل حظ الأنثيين) ، بقوله – صلى الله عليه وسلم – : القاتل لا يرث " وكقوله تعالى (والمطلقات يتربصن بأنفسهن ثلاثة قروء) ، وقد خصصت بقوله تعالـى (وأولات الأحمال أجلهن أن يضعن حملهن) . يراجع : منهاج الوصول للبيضاوى 2/ 118 ، إرشاد الفحول للشوكانى 1 / 448 .

وأيضا : المدين إذا امتنع عن البيع لقضاء دينه ، فقد أكل أموال الناس بالباطل ، ولو سلم أنه تجارة لا عن تراض، لمنع البيع إذا باع بتضييق من الحاكم إذا حبسه ليبيع بنفسه [1] .

2 – قوله – صلى الله علي وسلم – (لا يحل مال امرئ مسلم إلا بطيب نفسه).

حديث عام قد خصص بحديث معاذ وغيره ، من أن النبى – صلى الله عليه وسلم– باع ماله وقضى دينه .

فهذا الحديث عام قد خصص بأشياء كثيرة ، منها : قضاء الدين ، كما ثبت فى حديث معاذ ، وثبوت الشفعة فهى بيع بغير رضا ، وإطعام المضطر والقريب والزوجة ، وكثير من الحقوق المالية [2].

3– إهدار الأهلية ضرر يلحق بالمدين ، وترك الحجر ضرر يلحق بالدائن ، ورعاية حقوق الدائنين أولى ، لأن عدم الحجر على المدين يؤدى إلى ضياع حقوقهم، ويكون ذلك سبباً فى عدم تشجيع الناس على التعامل لخوف المماطلة، ومنع ارتكاب الضرر الأعلى دون ارتكاب الضرر الأدنى إنما يكون لو تحقق فى شخص واحد ، فلا منع إن كانا فى شخصين مختلفين ، وبيع مال المدين أخف من ضياع مال الدائن [3].

ويجاب عن ذلك :

بأن ضرر الدائن يندفع بالحبس لا محالة ، والحبس ضرر يلحق المديون مجازة شرعاً ولو لم يكن أعلى ما اندفع به ضرر الدائن ، وإهدار الأهلية أعلى من الحبس فيكون أعلى من ضرر الدائن [4] .

---

(1) يراجع : الذخيرة للقرافى 8 / 168 ، المحلى 7 / 510 ، سبل السلام للصنعانى 3 / 113 ، 114.

(2) يراجع : الحاوى الكبير للماوردى 7 / 459 ، نيل الأوطار للشوكانى 5 / 379 ، سبل السلام للصنعانى 3 / 113 .

(3) يراجع : تكملة شرح فتح القدير 9 / 273 ، الحاوى الكبير للماوردى 7 / 459 .

(4) يراجع : تكملة شرح فتح القدير 9 / 273 .

ورد ذلك : بأن المدين قد يختار الحبس أبدا ولا يوفى حق الدائن فلا يندفع حينئذ ضرر الدائن .

ولو كان الحبس أعلى ضرراً من ضرر الدائن لما جاز الحبس ، لأنه لا يحتمل الضرر الأعلى لدفع الضرر الأدنى [1].

4 – القول بأن الجبر على البيع كالجبر على التأجير والزواج لقضاء الدين الواجب عليهم من المال الذى يحصلون عليه ممنوع ، لأنه من المتعارف عليه أن منافع الحر والزواج ليسا من طرق سداد الدين ، وإنما الأموال هى طريق التبادل والسداد [2].

5 – القول بعدم بيع مال المدين وإنما يحبس حتى يبيع بنفسه ، ممنوع لأنه يترتب على ذلك ضياع المال ، ولأنه قد يختار الحبس مادام يبعده عن السداد والبيع جبرا عنه [3].

الترجيـــح :

بعد بيان أقوال الفقهاء وأدلتهم ومناقشة ما أمكن مناقشته والرد عليه يبدو لى أن ما ذهب إليه جمهور الفقهاء من مشروعية الحجر على المدين وبيع ماله جبرا عنه لقضاء دينه أولى بالقبول ، وذلك لقوة أدلتهم وحجتهم فى الرد على ما ورد عليها من مناقشات مما أضعف أدلة المخالفين ، وفى هذا تشجيع للناس على التعامل دون خوف ضياع حقوقهم وأموالهم ، وأضف إلى ذلك : أن فى الحجر على المدين وبيع ماله لقضاء دينه جبراً عنه تحقيقا لمصلحة المدين والدائن معا .

فمصلحة الدائن : استيفاء حقه وهذا معنى الحجر ومشروعيته .

---

(1) يراجع : تكملة شرح فتح القدير 9 / 273 .

(2) يراجع : الذخيرة للقرافى 8 / 168 .

(3) يراجع : تكملة شرح فتح القدير 9 / 273 .

ومصلحة المدين : أن يصبح عضوا نافعا فى المجتمع جديراً بالتعامل بعد براءة ذمته، والقول بحبسه فيه ضرر له وضرر للغرماء .

أما ضرره : فيعتبر حبسه سابقة مشينة تسيء إلى شخصه وتجعله منبوذا وغير ثقة بين الناس .

وفى حبسه ضرر للغرماء ، وذلك بتأخير استيفاء حقوقهم .

ويمكن تفادى ذلك بالبيع جبرا عنه ، فلذا كان ما ذهب إليه جمهور الفقهاء من بيع مال المدين جبرا عنه إذا ملك الوفاء وامتنع من سداد دينه هو الأولى ، لأن عدم بيع المال يجعل المدين يتمادى فى غشه وظلمه ويأكل أموال الناس بالباطل[1].

" هذا والله تعالى أعلى وأعلم " .

---

(1) يراجع : الحجر والولاية على المال أ . د / عبد الفتاح النجار ص 136 .

الفرع الثانى
حكم الحجر على المدين
وبيع ماله جبراً عنه فى القانون الوضعى

تمهيد :

الوضع العادى للأمور أن يقوم المدين بالوفاء بالتزامه طواعية واختياراً ، فإذا فعل ذلك فلا يوجد أي إشكال .

وإنما الإشكال يثور إذا امتنع المدين تعنتا منه عن القيام بالوفاء بالتزامه ، فاقتضاء الحق يستلزم إجبار المدين على القيام بما التزم به .

واقتضاء الحق من المدين المماطل لا يستطيع الدائن أن يتقاضاه بنفسه إعتماداً على قوته الخاصة ، لأن ذلك انتهى منذ زمن بعيد ، وإنما يستطيع أن يلجأ إلى القضاء للوصول إلى الحماية القضائية ليقتضى حقه ، فالقضاء هو الذى له حق جبر المدين على تنفيذ التزامه وأداء ما عليه من ديون حيث يهيئ السند التنفيذى [1] للدائن ، ثم يمكن الدائن صاحب السند من الحصول على حقه جبرا عن مدينه [2] .

فلذا أباح المشرع الوضعى للدائن أن يتملك حقه من مال المدين جبرا عنه عن طريق الحجر عليه يمنعه من التصرف الذى يضر به حتى يتم الحجز على أمواله وبيعها بطريق المزاد العلنى حيث إن أموال المدين ضامنه للوفاء بالتزاماته .

حيث نصت المادة 199/ 1 من القانون المدنى على أن: " ينفذ الإلتزام جبراً على المدين " فلذا ليس للالتزام سوى أثر واحد، وهو وجوب تنفيذه ولو جبرا عن المدين

---

(1) السند التنفيذى : هو عمل قانونى يتخذ شكلا معينا ، ويتضمن تأكيداً لحق الدائن الذى يريد الاقتضاء الجبرى . ويعتبر هذا السند هو المنشئ للحق فى التنفيذ حيث لا يجوز إجراء التنفيذ بدونه ويلتزم المحضرون بإجراء التنفيذ متى سلمهم أصحاب الشأن هذا السند .

يراجع : الوجيز فى التنفيذ الجبرى – د / عبد الحكم أحمد شرف – د / السعيد محمد الأزمازى 82 ط : 2004م .

(2) يراجع : إجراءات التنفيذ فى المواد المدنية والتجارية د / نبيل إسماعيل عمر ص 5 ، إجراءات التنفيذ فى المواد المدنية والتجارية د / أحمد أبو الوفا ص 11 .

به ، وإذا أُطلق لفظ الإلتزام انصرف إلى الإلتزام المدنى الذى يجبر المدين فيه على الوفاء إذا امتنع أما الالتزام الطبيعى فلا جبر فى تنفيذه وهو ما يقوم على عنصر المديونية دون عنصر المسئولية [1] .

فالحجر على المدين وبيع ماله جبرا عنه ، أتناوله فى النقطتين التاليتين :

أولا : الحجر على المدين .

ثانيا : الحجز على ماله وبيعه جبرا عنه .

أولا : الحجر على المدين :

الحجر على المدين فى الفقه الإسلامى يقابله فى القانون المدنى ، الإعسار المدنى ولقد نظمه القانون المدنى المصرى فى الفصل الثالث بخصوص " ما يكفل حقوق الدائنين من وسائل تنفيذ ووسائل ضمان " .

ولقد نصت المادة 234 من القانون المدنى على أن :

1 – أموال المدين جميعها ضامنة للوفاء بديونه .

2 – وجميع الدائنين متساوون فى هذا الضمان إلا من كان له منهم حق التقدم طبقا للقانون .

من هذا النص يتضح أن أموال المدين هى الضمان العام للدائنين وهى ضامنة للوفاء بالدين سواء كانت هذه الأموال منقولة أو عقارية ، وللدائن الذى حل أجل دينه أن ينفذ على أى مال من أموال المدين .

ولكن لا تكفى مجرد المديونية لغل يد الشخص عن التصرف فى ماله ، فالمدين فى القانون الوضعى له التصرف فى أمواله ، وإذا ما تصرف فيها فإنها تخرج من الضمان العام للدائن ، ولا يكون له فى الأصل من سبيل عليها ، وقد يلجأ المدين

---

(1) يراجع : مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدنى 2 / 496 ، الوسيط فى شرح القانون المدنى الجديد د / عبد الرزاق أحمد السنهورى 2 / 721 ط : دار إحياء التراث العربى – بيروت الموجز فى النظرية العامة للإلتزامات د / محمود جمال الدين زكى ص 728 ، 729 ، التعليق على نصوص القانون المدنى . د / أنور العمروسى 1 / 633 ، 634 ، دار المطبوعات الجامعية – الإسكندرية 1983م .

إلى الإستدانة فيزاحم الدائن الجديد الدائن السابق ، وهذا من شأنه أن ينقص الضمان العام .

وجميع الدائنين متساوون فى الضمان عند تعددهم ولا يتقدم أحدهم على الأخر إلا طبقا للقانون كحق الدائن المرتهن فى التقدم [1] .

وإذا لم يكف المال للوفاء بالدين للجميع ، قسم بينهم بنسبة دين كل منهم .

فإذا كان من حق الدائن أن يحصل على حقه من أموال مدينه بالتنفيذ عليها ، فله أن يتخذ على هذه الأموال من الوسائل ما يحافظ به على حقه .

ولقد نظم القانون المدنى عدة وسائل وطرق للمحافظة على مال المدين يستطيع الدائن أن يستعملها بغية الوصول إلى التنفيذ على مال المدين لاستيفاء دينه ، فهى طرق وسطى بين التحفظية والتنفيذية تمهيداً للتنفيذ على مال المدين ، فهى الضمان العام الذى يخول الدائن أن يراقب أموال مدينه ما دخل منها فى ذمته وما خرج [2].

وهذه الطرق والوسائل هى :

1- **الدعوى غير المباشرة: (نظمتها المادة 235** والمادة 236 مدنى) وبمقتضاها يستطيع الدائن أن يطالب بحق لمدينه فى ذمة الغير إذا أهمل المدين أو تهاون فى المطالبة بحقه ، وكان من شأن هذا الإهمال أن يؤدى إلى إعسار المدين أو يزيد فيه، فيستطيع الدائن أن يباشر بنفسه حقوق مدينه المالية التي تقبل الدعوى نيابة عنه ، وبذلك يحافظ على الضمان العام تمهيدا للتنفيذ بحقه بعد

---

(1) يراجع : مجموعة الأعمال التحضيرية 2 / 601 ، الوسيط للسنهورى 6 / 935 وما بعدها ، الموجز فى النظرية العامة للالتزامات د / عبد الودود يحيى ص 73 ، 74 ، ط : دار النهضة العربية 1988م ، الموجز فى النظرية العامة للالتزامات د / محمود زكى ص 729 ، 778 ، 787 النظرية العامة للالتزامات د / توفيق حسن فرج 2 / 54 ط : 1985م ، التعليق على نصوص القانون المدنى م/ أنور العمروسى 1 / 727 ، 728 ، الدعاوى المسماة فى القانون المدنى ، م / أنور العمروسى ص 4 – 5 ط دار الفكر الجامعي الإسكندرية – 2002م . مجموعة أحكام محكمة النقض المكتب الفنى س 18 – ص612 . نقض مدنى جلسة 3/14/ 1967م ، (نقض مدنى جلسة 12/23/ 1973م) س 24 ص347.

(2) يراجع : الوسيط د / السنهورى 935/6، الموجز فى النظرية العامة د / محمود زكى 729، الدعاوى المسماة م/ أنور العمروسى 504 .

ذلك على أن يقيم الدعوى باسم المدين ليكون المحكوم به حقاً لهذا المدين يدخل فى عموم أمواله ضمانا لحقوق دائنيه [1] .

2 – **الدعوى البوليصية : (نظمتها المواد من 238-243 مدنى)** وهى دعوى عدم نفاذ التصرفات ، ويطلب الدائن فيها عدم نفاذ تصرف عقده المدين إضرارا به، فهو يدفع عن نفسه غش المدين إذا عمد إلى الإضرار به ، فيطعن فى هذا العمل ويجعله غير نافذ فى حقه إذا أثبت التواطؤ بين المدين والمتصرف إليه على الإضرار بحقوق الدائن ويعود المال إلى الضمان العام تمهيدا للتنفيذ عليه[2] .

3 – **الدعوى الصورية : (نظمتها المادة 244** والمادة 245 مدنى) وفيها يطعن الدائن فى تصرف صورى أبرمه المدين ليثبت أن المال موضوع التصرف لازال مملوكا للمدين حتى يمكن التنفيذ عليه ، فهو يدفع عن نفسه غش المدين إذا عمد إلى التظاهر بالتصرف فى ماله ليخرجه عن الضمان العام .

فالدعوى الصورية هى : تصوير وضع ظاهر خلاف الحقيقة بقصد تحقيق غرض معين حيث يتم إخفاء الحقيقة بين الطرفين المتعاملين بتصوير وضع ظاهر مخالف لها ، فقد لا يوجد تصرف، أو يختلف الوضع الظاهر عن الوضع المستتر، كعقد بيع لعقار تهربا من أن ينفذ الدائن على هذا العقار [3] .

---

(1) يراجع : الوسيط للسنهورى 2 / 940 ، الموجز فى النظرية العامة للالتزامات د / عبد الودود يحيى 75 ، الموجز فى النظرية العامة للالتزامات د / محمود زكى 778 ، النظرية العامة للالتزامات د / توفيق حسن فرج 2 / 57 ، مجموعة المكتب الفنى (نقض مدنى جلسة 4/29/ 1975م) س 26 ص 884 رقم 165 .

(2) يراجع : الوسيط للسنهورى 2 / 940 ، النظرية العامة للالتزامات د / توفيق حسن فرج 2 / 62 ، الموجز فى النظرية العامة للالتزامات د / عبد الودود يحيى 75 ، (نقض جلسة 5/8 / 1978) طعن رقم 492 س 46 ق مشار إليه فى المرجع السابق .

(3) يراجع : الموجز فى النظرية العامة للالتزامات د / محمود زكى 779 ، النظرية العامة للالتزامات د / توفيق حسن فرج 2 / 71 ، الوسيط للسنهورى 2 / 940 .

4 – **الحق فى الحبس : " نظمته المادة 246،** 247 مدنى " وهو وسيلة تكفل للدائن الحصول على حقه عن طريق حبس الشيء الذى تحت يده ، وإن كان فهو لا يهدف إلى المحافظة على الضمان العام تمهيدا للتنفيذ الجبرى ، إلا أنه عليه أن يتخذ إجراءات التنفيذ على المال المحبوس لبيعه واستيفاء الدين من ثمنه[1].

فهذه الطرق السابقة لا تغل يد المدين ويستطيع التصرف فى ماله ويباشر جميع حقوقه عليه ، وهى إجراءات فردية تهدف إلى حمل المدين على الوفاء بما نشأ فى ذمته من التزامات .

5 – **شهر إعسار المدين: " ولقد نظمته المواد 249**–251 مدنى " الطرق والوسائل الأربعة السابقة التى نظمها المشرع الوضعى بهدف تجنب ما يمكن أن يتعرض له الدائن من خطر بسبب تصرفات المدين ، قد لا توفر للدائن العادى حماية كافية ، فقد لا يكون بين يديه مال يحبسه عن المدين حتى يستوفى حقه ، وقد لا ينجح فى الدعوى البوليصية أو الصورية لفشله فى إثبات التواطؤ أو إثبات الصورية فيخرج المال فى مواجهته من ذمة المدين ، ولا يستطيع من ثم التنفيذ عليه بحقه رغم التواطؤ على الإضرار به ، فلا تتوافر له حماية إلا إذا منع المدين المعسر من التصرف فى ماله عن طريق شهر إعساره .

وهذه الوسيلة أو الطريقة هى التى يقابلها فى الفقه الإسلامى الحجر على المدين وجاء نظام شهر الإعسار ليحقق فعلا تلك المساواة التى تقررت قانونا بين الدائنين على أموال المدين [2].

---

(1) يراجع : الوسيط للسنهورى 2 / 941 ، الموجز فى النظرية العامة للالتزامات د / عبد الودود يحيى 75 ، النظرية العامة للالتزامات د / توفيق حسن فرج 2 / 77 . الموجز فى النظرية العامة للالتزامات. د/ محمود زكى 779 ، مجموعة أحكام محكمة النقض س 17 ص 1926 رقم 278 (نقض مدنى جلسة 15/12/ 1966م) .

(2) يراجع : الموجز فى النظرية العامة للالتزامات د / عبد الودود يحيى ص 128 ، الموجز فى النظرية العامة للالتزامات د / محمود زكى 779 ، 828 ، 829 .

وشهر الإعسار : دعوى يرفعها أحد الدائنين فى العادة على المدين المعسر يطلب فيها الحكم بشهر إعساره بغية منعه من التصرف فى أمواله تصرفا يضر به ، فهو إجراء فردى يتخذه أى دائن يغل يد المدين عن ماله حتى يستطيع الدائن أن يستوفى حقه من أموال المدين دون أن يخشى غش المدين أو تهاونه .

وإجراءات الإعسار المدنى تقوم على فكرة الضمان العام للدائنين ، فهى إجراءات أقوى من التحفظية إذ هى تغل يد المدين عن التصرف فى ماله ، وأضعف من التنفيذية إذ لا تكفى وحدها للوفاء بحق الدائن بل لابد للدائن من اتخاذ الإجراءات التنفيذية لاستيفاء هذا الحق من أموال المدين الذى شهر إعساره ، ويصبح الشخص معسرا فى القانون المدنى إذا كانت أمواله لا تكفى للوفاء بديونه المستحقة الأداء[1].

والإعسار المدنى يقابله فى القانون التجارى ، الإفلاس التجارى ، والإفلاس التجارى: هو غل يدِ التاجر المفلس عن إدارة أمواله والتصرف فيها حماية للدائنين من سوء تدبيره وفساد تصرفاته بعد أن خان ثقتهم وأهدر ما منحوه من ائتمان ، ويهدف الإفلاس التجارى إلى تصفية أموال التاجر المدين وبيعها وتوزيع الناتج من البيع على الدائنين كل بنسبة دينه ، ولا ترفع دعوى الإفلاس من أى دائن ، وإنما هي جماعي يحى يتقدم به أمين التفليسة نيابة عن الدائنين [2] .

ولقد نظم القانون المدنى الإعسار على غرار الإفلاس التجارى ما عدا بعض المسائل كاستبعاد التصفية الجماعية لأموال المدين باسم جماعة الدائنين ، ويهدف المشرع منه إلى حماية الدائنين .

---

(1) يراجع : التعليق على نصوص القانون المدنى : م / أنور العمروسى 1 / 788 . الوسيط للسنهورى 2 / 941 ، 942 ، النظرية العامة للالتزامات د / توفيق حسن فرج ص 85 . النظرية العامة للإلتزامات د / محمود زكى 830 .

(2) يراجع : نظام الإفلاس فى القانون المصرى د / فاروق أحمد زاهر ص 10 . 20 . 66 ط : دار النهضة العربية سنة 2003م .

والإعسار المدنى يتخذ صورتين :

الأولى : إعسار فعلى : وهو حالة واقعية تنشأ من زيادة ديون المدين ولو كانت غير مستحقة الأداء على أمواله ولا يصدر بذلك حكم قضائى .

الثاني : إعسار قانونى : وهو حالة قانونية تنشأ من زيادة ديون المدين المستحقة الأداء من أمواله .

والذى نظمه القانون المدنى هو الإعسار القانونى ، ولا تنشأ حالة الإعسار إلا بحكم قضائى يقرر إعتبار المدين فى حالة إعسار .

فإذا ما كانت أموال المدين لا تكفى للوفاء بديونه المستحقة الأداء فإنه يجوز شهر إعساره بناءاً على طلب أحد الدائنين ، أما التاجر إذا توقف عن دفع ديونه فى الميعاد المحدد فإنه يشهر إفلاسه [1] .

ولقد نصت المادة 249 من القانون المدنى على أنه " يجوز أن يشهر إعسار المدين إذا كانت أمواله لا تكفى لوفاء ديونه المستحقة الأداء " .

وطلب شهر إعسار المدين فى الغالب يكون من أحد الدائنين بهدف غل يد المدين عن التصرف فى أمواله إضرارا بهم ، وقد يكون بناءا على طلب من المدين نفسه لمصلحة له فى ذلك ، كتقرير نفقة له من إيراداته وأمواله المحجوزه ولا يصدر إلا بناءا على حكم من المحكمة المختصة وبناء على طلب الدائن أو المدين ولاتقضى به من تلقاء نفسها [2] .

ورغم توافر عدم كفاية الأموال للوفاء بالديون الحالة وطلب الدائن لشهر الإعسار، إلا أن الأمر جوازى للمحكمة ، فتراعى فى تقديرها جميع الظروف التى أحاطت بالمدين من ظروف عامة كأزمة اقتصادية، أو خاصة كمسئوليته عن

---

(1) يراجع : أحكام الالتزام بين الشريعة والقانون د / طلبه وهبه ص 125 ، الطبعة الأولى – دار الفكر العربى – القاهرة ، الموجز فى النظرية العامة د / عبد الودود يحيى 130 ، 154 وما بعدها الوسيط للسنهورى 2 / 1211 ، 1214 .

(2) يراجع : التعليق على نصوص القانون المدنى م / أنور العمروسى 1 / 788، 970 ، أحكام الالتزام د / طلبه وهبة 125 ، الموجز فى النظرية العامة د / عبد الودود يحيى 130 .

الأسباب التى أدت إلى إعساره ومقدرته ومسئوليته ، وللقاضى سلطة تقديرية فى هذا الشأن ، إذ قد يرى أن سبب الإعسار أزمة طارئة ويحتمل تحسن حالة المدين المالية فى المستقبل ، فيرفض شهر إعسار المدين [1] .

ثانيا : الحجز على مال المدين وبيعه جبراً عنه :

إذا لم يقم المدين بتنفيذ التزامه طوعاً واختياراً فيكون التنفيذ جبرياً إما تنفيذاً عينياً مباشراً ، أو تنفيذاً بطريق الحجز والبيع .

فالتنفيذ العينى المباشر هو : جبر المدين وقهره على الوفاء بالتزامه عينا من قبل السلطة العامة ،إذا كان لدى الدائن سند تنفيذى بحقه وامتنع المدين عن أداء هذا الحق ، استطاع الدائن أن يكلف أحد المحضرين بإجبار المدين على التنفيذ قهرا ، كأن يجبره على تسليم الأرض التى التزم بتسليمها للدائن أو تسليم المنقول ، ويتم التنفيذ بتسليم العين للدائن ، والغالب فى التنفيذ العينى المباشر أن يكون فى الحالات التى يقتضى تنفيذ الالتزام تدخل شحصي من جانب المدين ، ولا يكون الإلتزام محله مبلغ من النقود [2] .

أما التنفيذ بطريق الحجز على أموال المدين واستيفاء الدائن حقه من المال المحجوز ذاته أو من ثمنه بعد بيعه هو الغالب فى التنفيذ الجبرى وهو المراد هنا ، وهذا الطريق يسمى بالتنفيذ بنزع الملكية ، وهو خاص بالإلتزام الذى محله مبلغا

---

(1) يراجع : النظرية العامة للالتزامات ، د / توفيق حسن فرج 2 / 86 ، الموجز فى النظرية العامة للالتزامات د/ محمود زكى 830 ، النظرية العامة للإلتزامات د / عبد الرازق فرج ص 93 ، بدون طبعة، التعليق على نصوص القانون المدنى : م / أنور العمروسى 1 / 788 .

(2) يراجع : قواعد وإجراءات التنفيذ الجبرى د / عبد العزيز خليل بديوى ص 7 ، 8 ، ط : دار الفكر العربى الطبعة الثانية 1980م . إجراءات التنفيذ د/ نبيل إسماعيل عمر ص 15 ، إجراءات التنفيذ د/ أحمد أبو الوفا ص 17 . الوجيز فى التنفيذ الجبرى د/ عبد الحكم شرف ص7 ، الوسيط للسنهورى 2 / 800 .

من النقود بحسب الأصل كعقد القرض ، أو بحسب المال كتحول الإلتزام إلى مبلغ نقدى [1] .

والحجز : فرز مال معين من مال المدين لمباشرة إجراءات نزع الملكية أو وضع المال المنقول [2] أو العقار [3] تحت يد القضاء بقصد منع المدين من التصرف فيه تصرفا يضر بحقوق الدائنين الحاجزين ، وإلا كان غير نافذ فى مواجهة الدائنين الحاجزين ، ويظل المال على ملك صاحبه لا يخرج عنه إلى أن يباع بيعاً قضائياً فى المزاد العلنى بواسطة السلطة العامة ، ثم توزيع حصيلة التنفيذ، ولا يجوز إجراء الحجز إلا من الدائن الذى بيده سند تنفيذى ومستوفى سائر شروطه [4] .

وهذا الطريق المسمى بالحجز على مال المدين هو الوحيد الذى لا بديل عنه لاقتضاء الحقوق جبراً عن المدين عندما تكون الديون من النقود ، وهو يوجه إلى أموال المدين ولا ينال من شخصه ، لأن الإكراه البدنى لإجبار المدين على التنفيذ غير معترف به كقاعدة عامة [5] .

---

(1) يراجع : قواعد وإجراءات التنفيذ الجبرى د / عبد العزيز بديوى ص 10 ، الوسيط للسنهورى 2 / 800 ، إجراءات التنفيذ د / نبيل عمر ص 16 ، الموجز فى النظرية العامة للالتزامات د / محمود زكى 778 .

(2) المنقول : كل شيء يمكن نقله من مكان إلى آخر دون تلف كالنقود والعروض والحيوانات والمكيلات . يراجع : الوسيط د / السنهورى 8 / 14 .

(3) العقار : هو الشيء الثابت المستقر بحيزه ولا يمكن نقله منه دون تلف ، ويسمى العقار بالطبيعة كالأرض والبناء . يراجع : الوسيط د / السنهورى 8 / 19 ، الموجز فى أحكام القانون المدنى د / حسن كيرة 595 .

(4) يراجع : المرجع السابق ص 361 ، 367 ، قواعد وإجراءات التنفيذ الجبرى د / عبد العزيز بديوى 173 ، 174 ، إجراءات التنفيذ د / أحمد أبو الوفا 399 ، 400 ، الوجيز فى التنفيذ الجبرى د / عبد الحكم شرف ص 325 ، الموجز فى النظرية العامة للإلتزامات د / محمود زكى 361- 367 ، مجموعة أحكام محكمة النقض طعن 587 لسنة 46 ق نقض مدنى جلسة 1979/6/20م ، طعن 214 لسنة 34 ق نقض مدنى جلسة 17 /5/ 1972م .

(5) يراجع : قواعد وإجراءات التنفيذ الجبرى د / عبد العزيز بديوى 159 .

والحجز يتنوع إلى أنواع :

1 – حجز المنقول لدى المدين .

2 – حجز المنقول الذى للمدين لدى الغير .

3 – التنفيذ على العقار .

فلذلك تختلف طرق الحجز باختلاف طبيعة المال المراد الحجز عليه .

فإن كان المال منقولا ماديا فى حيازة المدين ، فيكون التنفيذ بطريق حجز المنقول لدى المدين .

ويتم عن طريق وضع المنقولات المادية المملوكة للمدين والتى فى حيازته تحت يد القضاء تمهيدا لبيعها واستيفاء الدائن لحقه من ثمنها [1] .

وإن كان منقولا ماديا فى حيازة الغير أو دينا فى ذمته فيتم التنفيذ عن طريق حجز ما للمدين لدى الغير .

ويكون يوضع ما للمدين من نقود أو منقولات فى ذمة الغير أو فى حوزته تحت يد القضاء ، ومنع هذا الغير من الدفع للمدين أو تسليمه للمنقولات إلى حين اتخاذ الدائن الإجراءات التى تخوله إقتضاء حقه من المال المحجوز أو من ثمنه المتحصل بعد بيعه [2] وإن كان المال عقارا فيكون التنفيذ عن طريق التنفيذ على العقار .

ويتم بإعلان تنبيه نزع الملكية ، وهو ورقة من أوراق المحضرين يوجهها الدائن إلى مدينه على يد محضر لشخصه أو فى موطنه ، ويتم تسجيل هذا التنبيه فى

---

(1) يراجع : إجراءات التنفيذ د / أحمد أبو الوفاء ص 17، 405 ، الوجيز فى التنفيذ الجبرى د/ عبد الحكم شرف ص 347 ، قواعد التنفيذ الجبرى فى قانون المرافعات د / عزمى عبد الفتاح ص329 ط : دار الفكر العربى سنة 1991 .

(2) يراجع : إجراءات التنفيذ د / أحمد أبو الوفا ص 17 ، الوجيز فى التنفيذ الجبرى د / عبد الحكم شرف 384 ، مجموعة أحكام محكمة النقض طعن 406لسنة 36 نقض مدنى جلسة 1972/1/13م

مكتب الشهر الذى يقع فى دائرته العقار ، ويعتبر العقار محجوزاً من وقت التسجيل[1] .

والقصد من هذه الحجوز هو وضعها تحت يد القضاء ثم بيعها واستيفاء حق الحاجز من ثمنها ، ولا يستفيد منه إلا من تدخل فيه من الدائنين ، وما لم يتدخل فى الحجز لا يعتبر طرفاً فيه ، فلذلك لا يستطيع الدائن الحصول على حقه إلا باتخاذ إجراءات الحجز على أموال المدين وبيعها .

والخاتمة الطبيعية للحجز هى بيع الأشياء المحجوزة ثم قضاء الدين أو إستيفاء الدائنين ديونهم بالحصص بقدر ديونهم إن كانوا مشتركين فى الحجز [2] .

---

(1) يراجع : إجراءات التنفيذ د / أحمد أبو الوفا ص 17 ، قواعد التنفيذ الجبرى د / عزمى عبد الفتاح 559 وما بعدها .

(2) يراجع : إجراءات التنفيذ د / أحمد أبو الوفا 425 ، إجراءات التنفيذ د / نبيل إسماعيل عمر 368 .

الفرع الثالث

الموازنة بين موقف الفقه الإسلامى والقانون الوضعى من الحجر على المدين وبيع ماله جبراً عنه

بعد بيان موقف الفقه الإسلامى من الحجر على المدين وبيع ماله جبرا عنه وكذلك موقف القانون الوضعى من شهر الإعسار المدنى والتنفيذ على مال المدين بالحجز عليه وبيعه للوفاء بدينه يتضح ما يأتى :

1 – لقد اتفق القانون الوضعى مع ما ذهب إليه جمهور الفقه الإسلامى من أن الحجر والإعسار كليهما يسبق الحجز والتصرف ببيع المال لقضاء الدين ، ولكن ذلك ليس بشرط فقد يتم الحجز وبيع المال دون حجر أو شهر إعسار ، لأن كليهما وسيلة ضمان للحفاظ على مال المدين خوفا من تهريبه أو تبديده حتى يتم التنفيذ بالحجز وبيع المال .

2 – لقد اتفق الفقه القانونى مع ما ذهب إليه الفقه الإسلامى فيما يترتب على شهر الإعسار والحجر من عدم سريان تصرفات المدين فى حق الدائنين والمساواة بينهم.

ولقد سبق الفقه الإسلامى القانون الوضعى فى وجوب حماية الدائن من تصرفات مدينه الضارة به حيث جعل الحجر سابقاً على التصرف ويمتد إلى جميع تصرفات المدين الضارة وقد لحق به القانون الوضعى أخيرا بنظام الإعسار المدنى .

3 – لقد ذهب الفقه القانونى إلى أنه لا يشهر إعسار المدين إلا إذا زادت ديونه الحالة على أمواله مخالفا ما ذهب إليه الفقه الإسلامى فى أن الحجر على المدين يتم إذا امتنع عن قضاء ديونه ولو لم تزد ديونه الحالة على أمواله [1].

---

(1) يراجع : أحكام الالتزام بين الشريعة والقانون د / طلبه وهبة ص 138 ، التعليق على نصوص القانون المدنى م / أنور العمروسى 1 / 793 ، وسائل إجبار المدين على الوفاء بديونه د / محمد حسن عبد الرحمن ص 143 ، 144 ، نشر دار النهضة 1417 هـ – 1997م .

وفى هذا تشجيعاً للوفاء بالديون ، لأنه لو لم يحجر عليه أو يشهر إعساره حتى تزيد ديونه الحالة على أمواله ، لأدى ذلك إلى الامتناع عن الوفاء بالديون ، ويعطى للمدين الحرية فى التصرف فى أمواله ويتوقف عن الدفع حتى يتم شهر إعساره بينما نريد أن نضيق على المدين حتى يسارع بالوفاء خوف الحجر عليه ومنعه من التصرف فى أمواله.

المطلب الثانى
شروط تملك الدائن لدينه
وكيفية بيع مال المدين جبرا عنه

وفيه ثلاثة فروع :

الفرع الأول : شروط تملك الدائن لدينه وكيفية بيع مال المدين جبرا عنه فى الفقه الإسلامى

الفرع الثانى : شروط تملك الدائن لدينه وكيفية بيع مال المدين جبرا عنه فى القانون الوضعى

الفرع الثالث : الموازنة بين موقف الفقه الإسلامى والقانون الوضعى من شروط تملك الدائن لدينه وكيفية بيع مال المدين جبرا عنه .

الفرع الأول
شروط تملك الدائن لدينه
وكيفية بيع مال المدين جبراً عنه فى الفقه الإسلامى

يحث الإسلام المدين على المبادرة والوفاء بدينه إختيارا لما قدمه له الدائن حينما أحسن صنعا له وقدم له ماله وقت الشدة لينتفع به ، فكان واجبا عليه ألا يقابل هذا العمل بالإساءة ، ويمتنع عن الوفاء بالدين فى أجله المحدد له .

فالله عز وجل يقول : ﴿ يا أيها الذين آمنوا أوفوا بالعقود .... الآية ﴾ [1] .

ويقول سبحانه وتعالى: ﴿ إن الله يأمركم أن تؤدوا الأمانات إلى أهلها..الآية﴾[2].

فهذا أمر من الله تعالى بالوفاء بالالتزامات وعدم تضييع الأموال على أصحابها، فإذا ثبتت ديون على رجل وحل أجلها ، وكان له مال وماطل فى أدائها لأصحابها، وطلب الدائنون من القاضى الحجر عليه وبيع ماله لقضاء دينه ، أمره القاضى بالوفاء بدينه وبيع ماله بنفسه ، فإن امتثل فبها ونعمت ، وإن امتنع عن البيع

---

(1) جزء من الآية رقم 1 من سورة المائدة .

(2) جزء من الآية رقم 58 من سورة النساء .

وقضاء الدين ، فقد أباحت الشريعة الإسلامية إكراهه على الوفاء ببيع ماله جبراً عنه ، لأن مطله مع قدرته على الوفاء ظلم بين للدائن وتهديد للنظام الإجتماعى والثقة المتبادلة بين الناس .

ولقد روى عمرو بن الشريد – رضى الله عنه – أن النبى صلى الله عليه وسلم – قال (لى الواجد ظلم يحل عرضه وعقوبته) [1] أي شكواه وعقوبته ، وروى أبو هريرة رضى الله عنه أن النبى – صلى الله عليه وسلم – قال (مطل الغنى ظلم وإذ أتبع أحدكم على ملئ فليتبع) [2] .

فالقادر الممتنع عن الوفاء بدينه ظالم يستحق العقوبة ، وقد فسرها الفقهاء ببيع ماله جبراً عنه .

ولقد وضع فقهاء المسلمين إجراءات تتخذ ضد المدين الممتنع عن الوفاء لدينه بعد أن أصبحت المماطلة من المدينين شيئا مألوفا ، منها : بيع ماله جبرا عنه لقضاء دينه .

إلا أنهم وضعوا شروطا يجب توافرها لبيع مال المدين جبرا عنه ، وكذلك وضعوا ضوابط وكيفية لبيع المال يجب إتباعها ، وذلك لمراعاة مصلحة الدائن ومصلحة المدين .

---

(1) الحديث تقدم تخريجه ص 56 .

(2) الحديث صحيح أخرجه البخارى ومسلم وغيرهما . يراجع : فتح البارى باب الحوالة 4 / 570 حديث رقم 2287 ، شرح صحيح مسلم للنووى كتاب المساقاة 10 / 172 ، حديث رقم 1564 ، باب استحباب الوضع من الدين . سنن النسائى 7 / 316 ، أحمد في المسند 2/ 245 .

ولذلك أتناول هذه الشروط التى يجب توافرها لبيع المال وكيفية بيعه فيما يلى :

أولا : الشروط التى يجب توافرها لتملك الدائن لدينه من مال المدين جبرا عنه هى:

1 – أن يلتمس الدائنون من القاضى الحجر على المدين وبيع ماله .

لقد اتفق جمهور الفقهاء على أنه لو ركب رجل ديونا استغرقت أمواله أو ذادت عليها وطلب الدائنون كلهم أو بعضهم من القاضى الحجر عليه حتى لا يهب[1] ماله ، أو يتصدق به أو يقر به لآخر حتى يباع المال لحقهم ، فالقاضى يجيبهم لطلبهم ، ويحجر عليه ويمنعه من التصرف ويأمره بالبيع بنفسه لقضاء دينه ، فإن امتنع باع القاضى ماله ، وقسمه بين الغرماء بنسبة ديونهم جبراً عنه .

لأن الحجر لحقهم فاعتبر رضاهم به ، ولابد من سؤال الحجر والبيع من القاضى وإن اختلف الغرماء فى طلب الحجر ، فيجيب القاضى من طلب ، لأنه حق له ، ولئلا يتلف مالهم وهو من مصلحتهم وهم ناظرون لأنفسهم ، ما لم يكن الدائن محجوراً عليه لصغر أو جنون فالطلب لوليه [2] أو يكون الدين لجهة عامة كمسجد، أو للفقراء فيحجر القاضى على المدين بدون طلب خشية ضياع المال [3] .

وأجاز بعض فقهاء الشافعية أن يكون التماس وطلب الحجر من المدين [4] .

---

(1) الهبة لغة : العطية الخالية عن العوض . واصطلاحا : تمليك عين بلا عوض . يراجع : لسان العرب لابن منظور 6 / 4929 ، باب الباء فصل الواو ، المعجم الوسيط 1102 ، مغنى المحتاج 537/2 ، الجلال المحلى بهامش حاشيتى قليوبى وعميرة 3 / 110 ط : دار إحياء الكتب العربية.

(2) الولى هو كل من ولى أمرا أو قام به ، جمع : أولياء ، وولى الصبى : أبوه، ثم جده ، ثم وصيهما ثم القاضى – يراجع : المصباح المنير 400 ، معجم لغة الفقهاء 510 ، مغنى المحتاج 2 / 236 – 237 .

(3) يراجع : الفتاوى الهندية 5 / 61 ط : دار المعرفة – بيروت ، المبسوط للسرخسى 24/ 163 حاشية الدسوقى على الشرح الكبير 3 / 269 ، المعونة على مذهب عالم المدينة 2 / 165 ، مغنى المحتاج 2 / 200 وما بعدها ، أسنى المطالب وحاشية الرملى 2 / 183 وما بعدها ط : دار الكتاب الإسلامى ، المغنى والشرح الكبير 6 / 149 ، 159 ، كشاف القناع 3 / 422 – 423 البحر الزخار 6 / 89 ، السيل الجرار 4 / 250 ، شرائع الإسلام 2 / 89 ، شرح كتاب النيل 13/ 619 .

(4) يراجع : أسنى المطالب وحاشية الرملى 2 / 183 وما بعدها ، مغنى المحتاج 2 / 200 وما بعدهـا

2 – أن يكون المدين موسرا مماطلا :

اتفق جمهور الفقهاء على أن المدين إذا كان موسراً يجب عليه أداء الدين الحال فوراً إن طولب به ، فإن امتنع من أدائه أمره الحاكم به ، فإن امتنع وله مال ظاهر، من جنس الدين وفى القاضى منه ، وإلا باعه وقضى دينه .

وإن ذكر المدين أن المال لغيره سأل القاضى المقِّر له فإن صدقه فهو له ويستحلفه القاضى لجواز أن يكون قد تواطأ على ذلك ليدفع المطالبة عن المدين الممتنع عن أداء دينه .

وإن لم يكن له مال ظاهر وادعى الإعسار وصدقه الدائن ، وجب إنظاره لحين ميسرة لقوله تعالى : ﴿ وإن كان ذو عسرة فنظرة إلى ميسرة ... الآية ﴾ [1] .

ولا تحل مطالبة المدين المعسر حتى يوسر ويظهر له مال ، ثم يؤمر بقضائه ، فإن ماطل وامتنع ، فيباع عليه جبرا لقضاء ما عليه من ديون [2] .

3 – أن يكون الدين ثابتاً لازماً ومعيناً معلوماً :

فإذا ثبتت ديون على رجل بإقراره أو ببينه [3] قامت عليه عند القاضى أو يمين المدعى – الدائن – عند نكول [4] المدعى عليه – المدين – وسأل الدائنون القاضى

---

(1) جزء من الآية رقم 280 من سورة البقرة .

(2) يراجع : المبسوط للسرخسى 24 / 163 . الهداية شرح البداية 4 / 81 ، الفتاوى الهندية 5 / 62 بلغة السالك والشرح الصغير 2 / 118 . أسنى المطالب 2 / 187 ، حاشية الجمل 3 / 321 ط : دار الفكر . المغنى لابن قدامة 6 / 213 ، البحر الزخار 6 / 81 ، 91 ، السيل الجرار 4 / 250 الروضة الندية 2 / 240 .

(3) البينة لغة : الحجة الواضحة ، وفى اصطلاح الفقهاء : المراد بالبينة : الشهود لأن الحق يتبين بهم او لأن الأغلب فى البينات الشهادة لوقوع البيان بقول الشهود . وقال ابن قيم الجوزية (البينة : اسم لكل ما يبين الحق ويظهره) فكل دليل أو حجة أو وسيلة فى اثبات الحقوق وإنكارها أمام القاضى فهو بينه . يرجع : المصباح المنير 47 ، المعجم الوسيط 100 ، مغنى المحتاج 4 / 585 . إعلام الموقعين لابن قيم الجوزية 2 / 107 . ط : المكتبة التوفيقية – القاهرة .

(4) النكول : الامتناع عن أداء الشهادة او حلف اليمين . يقال : نكل عن الأمر نكولا . نكص ، ونكل عن اليمين امتنع عنه .

الحجر عليه وبيع ماله ، وكان المدين موسرا مماطلا ، فلقد اتفق جمهور الفقهاء على أن القاضى يجيبهم لطلبهم إن أمره بالوفاء لدينه فامتنع ، مادام الدين ثابتاً غير متنازع فيه فضلاً عن ثبوت ملكيته للمال الذى يباع عليه ، وأن يكون الدين معيناً معلوماً ومستحقا أى لازما فإن كان الدين غير معين أو غير معلوم بأن كان مجهولاً ، أو كان الدين غير لازم كنجوم [1] الكتابة [2] أو الثمن [3] .... فى زمن الخيار [4] ، فلا يستطيع الدائن أن يطلب الحجر على المدين وبيع ماله ،

يراجع : المصباح المنير 371 ، معجم لغة الفقهاء 488 .

(1) النجوم : جمع ومفرده نجم ، وهو الوقت المعين لأداء دين أو عمل ، وما يؤدى فى هذا الوقت والنجم : أحد الأجرام السماوية المضيئة ذاتها ومواضعها النسبية فى السماء ثابته ومنها الشمس .

يراجع : المصباح المنير 35 ، المعجم الوسيط 944 .

(2) الكتابة لغة : الضم والجمع ، يقال : كاتبت العبد مكاتبه وكتابا ، وقيل للمكاتبة كتابة : تسمية باسم المكتوب مجازاً ، لأنه يكتب فى الغالب للعبد على مولاه كتابا بالعتق .

واصطلاحا : عقد عتق بلفظها بعوض منجم بنجمين أو أكثر ، وهى خارجة عن قواعد المعاملات لأن العبد وكسبه لسيده ، فكأنه باع ماله بماله ، ولكن قام الإجماع على جوازها ، وفى القرآن الكريم (فكاتبوهم إن علمتم فيهم خيرا .... الآية) جزء من الآية رقم 33 من سورة النور .

يراجع : المصباح المنير 312 ، تهذيب الأسماء واللغات للنووى 3 / 288 ، حاشية قليوبى 4 / 362 ، تحفة الطلاب للقاضى زكريا الأنصارى 166 ط : دار الكتب العلمية .

(3) الثمن : هو ما تراضا عليه المتبايعان فيكون ثمنا للبيع فى عقد البيع أو القدر الذى يساوى قيمة المبيع فى الواقع ، أو العوض الذى يؤخذ على التراضى فى مقابلة المبيع عينا كان أو سلعة . يراجع : أحكام المعاملات الشرعية للشيخ على الخفيف 416 .

(4) الخيار : لغة الإختيار يقال : خررته بين الشيئين ، فوضت إليه الاختيار فاختار أحدهما ، ويقال : خير الشيء : انتقاه واصطفاه .

واصطلاحا : طلب خير الأمرين من إمضاء العقد أو فسخه .

يراجع : لسان العرب 3 / 1300 باب الراء فصل الخاء ، المصباح المنير 113 ، تهذيب الأسماء واللغات 3 / 95 . مغنى المحتاج 2 / 59 . كشاف القناع 3 / 198 .

ولايبيع القاضى مال المدين ما لم يثبت الملك للمدين صيانة لفعله عن النقض ، لأن البيع من القاضى حكم بأن المال له [1] .

4 – أن يكون الدين حالا :

اتفق جمهور الفقهاء على أن الدين الحال هو الذى تجب المطالبة به ، فإذا ثبت الدين على رجل وكان له مال وماطل فى الوفاء بدينه ، وكان هذا الدين حالا ، وطلب الدائنون من القاضى بيع ماله للوفاء بديونهم أجابهم إلى طلبهم .

ولو حل الدين وسأل المدين القاضى أن يؤخره إلى أجل ووعد بالوفاء ، فالقاضى يؤخره حسبما يرجى له ولا يعجل عليه ، ولكن يقدم كفيلا [2] أى ضامنا بالمبلغ الذى عليه فإن تأخر عن الموعد المحدد له باع القاضى ماله جبراً عنه [3] .

وكذلك اتفق جمهور الفقهاء على أن الدين المؤجل لا تجوز المطالبة به قبل حلول الأجل ولا يلزمه أداؤه ، لأن الأجل حق له مقصود فلا يفوت عليه ، وماله أولى من ديونهم.

وإذا اختفى المدين وأثبت الدائنون ديونهم عليه فى مواجهة وكيله فإنه يحجر عليه ويباع ماله لقضاء دينه ولو كان مؤجلا .

---

(1) يراجع : الفتاوى الهندية 5 / 62 ، بلغة السالك والشرح الصغير 2 / 117 ، أسنى المطالب وحاشية الرملى 2 / 183 ، 187 ، 189 ، تكملة المجموع للمطيعى 13 / 278 ، مغنى المحتاج 2 / 200 206 البيان العمرانى 6 / 141 ، المغنى 6 / 193 ، 194 ، شرح الزركشى على مختصر الخرقي 4 / 63 ، السيل الجرار 4 / 250 ، شرائع الإسلام 2 / 89 .

(2) الكفالة : لغة الضمان ، ويقال : تكفل بالدين التزم به .

واصطلاحا : ضم ذمة إلى ذمة فى المطالبة بدين أو عين أو نفس .

يراجع : المصباح المنير 319 ، المعجم الوسيط 828 ، الهداية بهامش شرح فتح القدير 7 / 163 أحكام المعاملات الشرعية للشيخ على الخفيف 474 .

(3) يراجع : المبسوط للسرخسى 24/ 163 ، بلغة السالك 2 / 117 ، الحاوى الكبير للماوردى 7/ 456 المغنى والشرح الكبير 6 / 189 ، 190 ، المحلى 6 / 483 ، البحر الزخار 6 / 91 السيل الجرار 4 / 250 ، شرائع الإسلام 2 / 89 .

فإذا باع القاضى مال المدين قسم ثمنه على أصحاب الديون الحالة بنسبة ديونهم ، ولا يدخر شيئا للدين المؤجل ، وإذا لم يقسم حتى حل الدين المؤجل التحق بالحال[1].

ولو رفع الدائنون أصحاب الديون الحالة أمرهم إلى القاضى لبيع مال المدين للوفاء بديونهم فهل تحل عليه الديون المؤجلة ويشارك أصحابها فى قسمة المال ؟

فى ذلك قولان : أحدهما : ذهب إليه المالكية فى قول ، والشافعية فى وجه عندهم إلى أنه : تحل الديون المؤجلة إذا خاف صاحبه ألا يجد شيئا عند الأجل ، ولم يطمئن على ماله لأن الذمة قد خربت ، وصاحب الدين رضى بالتأجيل مع تمكنه من المال وقد زالت المكنة ببيع المال فهو كالميت ذمته خربت وانعدمت [2] .

الثانى: ذهب إليه الجمهور "بعض الحنفية ، وقول عند المالكية ووجه عند الشافعية، والحنابلة والزيدية والظاهرية، والإمامية، والإباضية ، أنه : لا تحل الديون المؤجلة وهى على آجالها ، وهو الأصح لأن الأجل حق له فلا يسقط كسائر حقوقه ، وهو دين مؤجل على حى فلا يحل قبل أجله ، وذمته لم تخرب ، لأن الدين الذى له لا يحل فلا يجب حلول ما عليه .

وتخالف ذمته ذمة الميت ، لأن ذمة الميت انعدمت بموته ، والمدين له ذمة صحيحة فلا يشارك أصحاب الديون المؤجلة أصحاب الديون الحالة بل يقسم المال الموجود على أصحاب الديون الحالة ، ويبقى المؤجل فى الذمة إلى وقت حلوله [3].

---

(1) يراجع : المبسوط للسرخسى 24/ 163 ، الشرح الصغير بهامش بلغة السالك 2 / 142 ، الذخيرة 8 / 162 ، 172 ، تكملة المجموع للمطيعى 13/ 272 ، 289 ، البيان العمرانى 6 / 134 ، 150 ، شرح الزركشى على مختصر الخرقى 4 / 82 ، المحلى 6 / 483 . السيل الجرار 4 / 250 ، شرائع الإسلام 2 / 89 ، النيل 13 / 615 .

(2) يراجع : الذخيرة للقرافى 8 / 172 ، حاشيتى قليوبى وعميرة 2 / 285 .

(3) يراجع : المبسوط للسرخسى 24/ 163 ، بلغة السالك 2 / 117 . والشرح الصغير بهامش بلغة السالك 2 / 124 ، الذخيرة 8 / 172 ، 206، أسنى المطالب 2 / 184 ، تكملة المجموع للمطيعى 13/ 272 ، 289 . الحاوى الكبير للماوردى 7 / 456 ، البيان العمرانى 6 / 150 ، 151 المغنى=

فإذا ما توافرت هذه الشروط فيجب على حكام المسلمين القادرين على رفع الظلامات والأخذ على أيدى المعتدين الظالمين أن يأخذوا لصاحب الحق حقه ولصاحب الدين دينه ممن ظلم ومنع جبرا وقهرا عنه ببيع ماله ، ويتملك الدائن لدينه من مال الدين جبراً عنه .

وفى ذلك تشجيع للناس على التعاون فيما بينهم حيث يقول ربنا سبحانه وتعالى : ﴿ وتعاونوا على البر والتقوى ولا تعاونوا على الإثم والعدوان .... الآية ﴾ [1] .

وتشجيع على التعامل دون خوف من ضياع أموالهم ، وفى ترك المدين الذى يملك الوفاء بدينه إعانة للظالم على ظلمه ، ويبقى الباب مفتوحا للغش والتحايل على أكل أموال الناس بالباطل .

ثانيا : كيفية بيع مال المدين جبراً عنه :

لقد وضع فقهاء المسلمين كيفية وضوابط لبيع مال المدين جبرا عنهً فقالوا : يجب على القاضى الذى يتولى البيع مراعاة مصلحة الدائن ومصلحة المدين عند بيع المال لقضاء الدين لأن القاضى نصب ناظرا لمصالح الناس فينبغى له أن ينظر إلى المدين كما ينظر إلى الدائن ويراعى الآتى :

1 – يستحب للقاضى أن يشهد على حجر المفلس المدين ، وأن يشهر النداء عليه حتى يعلم به الناس [2] كما فعل عمر بن الخطاب – رضى الله عنه – مع الأسيفع ، لئلا يخدعهم ويستضر الناس بضياع أموالهم وتحذر معاملته .

= والشرح الكبير 6 / 189 ، كشاف القناع 3 / 437 ، 438 ، شرح الزركشى على مختصر الخرقى 4/ 82 ، المحلى لابن حزم الظاهرى 6 / 483، البحر الزخار 9/ 91 ، السيل الجرار 4/ 250 – 251 شرائع الإسلام 2 / 89 ، 90 ، النيل 13/ 615 .

(1) جزء من الآية رقم 2 من سورة المائدة .

(2) المراد بشهر النداء على المدين هو زجره وتحذير غيره من ارتكاب ما أتاه وخزيه والتجريس به وإعلام الناس بجرمه حتى يكونوا على حذر منه فى تعاملهم ، وأن يتم ذلك بأى وسيلة تحقق هذا الغرض. فقد كان قديما يركب دابة ، ويطاف به والمناداه فيهم بذنبه وما اقترف حتى يبلغ الخبر إلى أكبر عدد ممكن وفى المجتمعات وعلى أبواب المساجد ، وما كان ذلك إلا لقصور وسائل النشر والإعلان فى هذه =

ثم يبادر ببيع ماله على الفور إن كان ممتنعا عن الأداء ، لأن تأخير البيع مطل وفيه ظلم للدائنين ، وللمبادرة ببراءة ذمته وإيصال الحق لذويه ، ولا يفرط فى المبادرة والإستعجال فى البيع لئلا يبيع بثمن بخس [1] .

2 – يبدأ القاضى ببيع الأيسر فالأيسر ، فيبدأ بالنقود ، لأنها معدة للتقلب ولا ينتفع بأعيانها ، وبيعها أهون على المدين ، ثم العروض ، لأنها قد تعد للتقلب والإسترباح ، فلا يلحق بالمدين كبير ضرر فى بيعها ، ويبدأ ببيع ما يخشى فساده منها كالنهب واستيلاء ظالم ، ثم ما يسرع إليه الفساد ، كالطعام الرطب والفاكهة ، ثم الحيوان لحاجته إلى النفقة ولكونه عرضه للهلاك ثم سائر المنقولات [2] لخوف ضياعها ، ويبدأ بالأهم فالأهم فيقدم الملبوس على النحاس وهكذا، ثم إن بقى شيء من الدين باع العقار ، وأخّر العقار ، لأنه يؤمن عليه من التلف والسرقة ويقدم البناء على الأرض .

وهذا الترتيب ليس بواجب على القاضى بل مستحب ، لأنه قد تقتضى المصلحة تقديم بيع العقار أو غيره إذا خيف عليه من ظالم ، فالأفضل تفويض الأمر إلى اجتهاد القاضى ويبيع بقدر ما يفى بالدين ، ولا يبيع جميعه إلا أن لا يجد راغبا فى شراء البعض فيبيع الكل للضرورة [3] .

=العصور أما الآن وقد اتسعت المدينة وتقدمت فيمكن النداء على المدين وشهره بين الناس عن طريق شتى وسائل الإعلام المرئية والمقروءة والمسموعة) – يراجع : التعزير فى الشريعة الإسلامية د / عبد العزيز عامر 457 ، 459 .

(1) يراجع : الفتاوى الهندية 5 / 62 ، الذخيرة للقرافى 8 / 172 ، بلغة السالك 2 / 120 ، أسنى المطالب وحاشية الرملى 2 / 184 وما بعدها ، الشرح الكبير والمغنى 6 / 159 ، 197 ، البحر الزخار 6 / 90 ، شرائع الإسلام 2 / 93 ، النيل 13 / 615 .

(2) المنقول لغة : المحول من موضع إلى موضع آخر . واصطلاحا : ما يمكن نقله وتحويله من مكان إلى مكان آخر مع الاحتفاظ بهيئته وصورته الأولى قبل النقل كالكتب والملابس ونحوهما . يراجـــع : المعجم الوسيط 989، الفقه الإسلامى وأدلته للزحيلى 4 / 47 ط دار الفكر دمشق.

(3) يراجع : العناية بهامش تكملة شرح فتح القدير 9 / 276 ، تبيين الحقائق للزيلعى 5 / 200 ، الشرح الصغير وبلغة السالك 2 / 120 . تكملة المجموع 13 / 294 . البيان العمرانى 6 / 155 ، أسنى=

3 – يبيع القاضى كل شيء من مال المدين حتى يوفىّ دينه ، ولا يترك له إلا مالا غنى به عنه فى حياته ، كالمنزل ، وما يستر عورته ، ويسد رمقه هو ومن يعول، لأن هذا من باب التعاون على البر والتقوى ، وترك المضارة باتفاق الفقهاء ، وما ثبت أن النبى – صلى الله عليه وسلم – أخرج معاذا – رضى الله عنه – من مسكنه أو أعراه من ثيابه ، فيترك له دار أو مسكن يصلح لمثله ، فإذا كان له داران بيعت إحداهما ، أو كانت دارا واسعة لا يسكن مثله فيها ، بيعت ويشترى لــه مسكن يصلح لمثله ، وكذا ثيابه إن كانت رفيعة لا يلبس مثله مثلها بيعت ، ويشترى لــه ما يلبسه مثله ، لأن قضاء الدين فرض فكان أولى من التجمل بالثياب والمسكن .

ويترك له نفقته ونفقة من يعول حتى يقسم المال ، لأنه موسر ما لم يزل ملكه، وحاجتهم الأصلية مقدمة على حق الغرماء، وكذا كسوتهم، لأن ذلك مما لابد منه ولا تقوم النفس بدونه ما لم يكن ذا كسب يغي بنفقته ونفقة من يعولهم .

وكذلك يترك له كتبه وآلة صنعته ، ويختلف كل شخص عن الآخر فهى مسألة نسبية حسب ظروف كل مدين ومن يعولهم ، فالأمر متروك لاجتهاد القاضى ، فيبيع ويبقى ما يراه مناسبا من أمواله [1].

=المطالب 2 / 190 ، المغنى 6 / 203 ، الفروع للمقدسى 4 / 304 ، 305 ، ط : عالم الكتب ، بيروت شرائع الإسلام 2 / 93 .

(1) يراجع : البحر الرائق شرح كنز الدقائق 8 / 89 ، الدار المختار شرح تنوير الأبصار للحصكفى 6 / 151 ، مطبوع مع حاشية رد المحتار ط : دار الفكر ، الذخيرة للقرافى 8 / 163 ، بلغة السالك 2 / 120 ، 123 ، الحاوى الكبير للماوردى 7 / 460 ، أسنى المطالب 2 / 192 ، 193 ، الشرح الكبير والمغنى 6 / 203 ، 204 ، المبدع 4 / 321 ، المحلى لابن حزم الظاهرى 6 / 484 ، البحر الزخار 6 / 82 ، 83 ، السيل الجرار 4 / 254 ، شرائع الإسلام 2 / 94 ، الروضة الندية 2 / 239 ، شرح كتاب النيل 13 / 611 وما بعدها .

4 – يستحب أن يحضر المدين البيع ، لأنه أطيب لنفسه وأسكن لقلبه ، وأعرف بمتاعه من غيره جيده ورديئه ، وأضبط لثمنه ، وتكثر الرغبة فيه ، لأن شراءه بحضرة صاحبه أحب إلى المشترى .

وكذلك يستحب حضور الدائنين ، لأن المال يباع لأجلهم ، وربما رغبوا فى شراء شيء منه فزادوا فى ثمنه ، وربما يجد أحدهم عين ماله فيأخذه ، وأيضا حضورهم أطيب لقلوبهم وأبعد للتهمة ، والأمر موكول إلى اجتهاد القاضى فيجوز البيع بغير حضورهم ، لأن المدين لا تصرف له ، والدائن لا ملك له [1] .

5 – يتم البيع فى السوق ، أى يباع كل شيء فى سوقه ، لأن من يطلب السلعة فى السوق أكثر من أى مكان آخر ، ولأنه أحوط لمعرفة قيمته [2]، وأكثر لطلابه، ولكن يجوز البيع فى غير السوق ، لأن الغرض تحصيل الثمن ، وربما أدى اجتهاد القاضى إلى بيعه فى غير السوق لأنه أصلح وأقل تكلفة ولكن بشرط أن يكون البيع بثمن المثل .

والبيع يكون بالخيار لقاضى ثلاثة أيام للإستقصاء وطلب الزيادة فى كل سلعة بخلاف خيار التروى [3] فإنه يختلف باختلاف السلع ، فإن زاد فى الثمن آخر فى مدة الخيار ، يفسخ البيع ، وإن كانت الزيادة بعد مدة الخيار ولزوم البيع ، فيستحب

---

(1) يراجع : بلغة السالك والشرح الصغير 2 / 120 ، تكملة المجموع للمطيعى 13 / 293 . حاشية الجمل 315/3 ، الجلال المحلى بهامش حاشيتى قليوبى وعميرة 2 / 288 ، الحاوى الكبير للماوردى 7 / 444 ، أسنى المطالب 2 / 189 ، الفروع للمقدسى 4 / 305 ، المغنى 6 / 202 المبدع 4 / 321 البحر الزخار 6 / 83 ، شرائع الإسلام 2 / 93 .

(2) القيمة : ما تقوم به المبيع فى السوق ، وقد تزيد عن الثمن وقد تساويه وقد تنقص عنه . يراجع : أحكام المعاملات الشرعية للشيخ على الخفيف 416 .

(3) خيار التروى لغة : النظر والتفكر والتأمل ، ويقال له خيار شرطى .

واصطلاحا : بيع وقف بته – أى لزومه – على إمضاء يتوقع فى المستقبل ممن له الخيار من مشتر أو بائع أو غيرهما . يراجع : المعجم الوسيط 408 ، الشرح الصغير وبلغة السالك 2 / 43 .

للقاضى أن يسأل المشترى الإقالة [1] ويستحب للمشترى أن يقبل ، لأن فيه إعانة للمدين على قضاء دينه ودفع حاجته [2] .

6 – يأمر القاضى الدائنين أن يرتضوا على مناد ثقة ينادى على السلع ، لأنهم أعرف بمن يصلح لذلك الأمر ، وفى ذلك تطييب لنفوسهم ، فإن لم يرتضوا أو كان غير ثقة ، رده الحاكم واستأجر مناديا عند عدم وجود من يتطوع للنداء بدون أجر ، والأجرة فى بيت المال وقيل : إنها على الغرماء وقيل : من مال المدين ومصاريف السلع التى تباع من أجرة الكيال والعمال والبيت الذى فيه المال مقدمة على حق الغرماء من مال المدين [3].

7 – توزيع حصيلة البيع أو قسمة [4] المال بين الغرماء .

ينبغى للقاضى أن لا يعجل قسم المال إلا بعد البحث عن جميع الغرماء ، وإشهار الأمر ليعلم به الغائب ، فإذا لم يعلم له غريم غير من حضر قسم القاضى مال المدين الذى تم بيعه بين الغرماء ، فيأخذ كل دائن قدر دينه مادام المال يفى

---

(1) الإقالة لغة : مأخوذة من قال يقيل قيلا : وهى بمعنى الرفع والإزالة ، يقال : أقال البيع : فسخه ، وأقال الله عثرته : صفح عنه وتجاوز ورفعه من سقوطه .

واصطلاحا : رفع العقد وإزالته ، وقيل : ترك المبيع لبائعه بثمنه .

يراجع : المصباح المنير 310 ، المعجم الوسيط 805 ، المعونة 2 / 15 ، حاشية الجمل 3/ 156 كشاف القناع [illegible] .

(2) يراجع : بلغة السالك 2 / 120 ، الحاوى الكبير للماوردى 7 / 447 ، أسنى المطالب 2 / 190 ، مغنى المحتاج 2 / 206 ، المبدع 4/ 321 ، المغنى والشرح الكبير 6 / 203 ، الفروع 4 / 305 البحر الزخار 6 / 83 ، شرائع الإسلام 2 / 93 ، النيل 13 / 614 – 616 .

(3) يراجع : الذخيرة للقرافى 8 / 200 ، حاشية الرملى 2 / 190 ، أسنى المطالب 2 / 185 الحاوى 7 / 445، البيان العمرانى 6 / 154 ، تكملة المجموع للمطيعي 13/ 293 ، المغنى 6 / 202 ، البحر الزخار 6 / 83 .

(4) القسمة لغة : التمييز والنصيب والحصة ، فيقال : قسم القوم الشيء بينهم : جزأه وأخذ كل منهم نصيبه منه .

واصطلاحا : تمييز بعض الأنصباء عن بعض . يراجع : لسان العرب 12 / 478 ، باب الميم فصل القاف الفتاوى الهندية 5 / 203 .

بالدين جميعه ، وإلا قسمه بينهم بقدر حصة ونصيب كل واحد منهم فى الدين ، لأن الديون متساوية فى استحقاقها فليس بعضها أولى من بعض ما لم يكن لأحدهم حق مقدم كالمرتهن فإنه يأخذ حقه ثم يقسم الباقى .

فإذا ظهر دائن آخر بعد القسمة لم تنقض القسمة ويشاركهم فيما قبضوه [1] .

وقال الظاهرية ومالك فى قول : لا حق له ولا يحاصصهم ويبقى حقه فى ذمة المفلس ، ولو شاركهم لكان نقضا لحكم الحاكم [2] .

والأصح ما ذهب إليه جمهور الفقهاء من أنه يشاركهم ، لأنه غريم ولو كان حاضرا لشاركهم ، فإذا ظهر قاسمهم وليس قسم الحاكم حكما ، وإنما هو قسمة بان الخطأ فيها ، كمن قسم الميراث [3] وظهر وارث أخر فإنه يشارك الورثة [4] .

وفى مراعاة ما سبق نظر لكل من المدين والدائن ، والأمر موكول إلى اجتهاد القاضى حسب ما يراه من المصلحة لكل منهما .

---

(1) يراجع : الفتاوى الهندية 5 / 63 ، تكملة شرح فتح القدير وشرح العناية 9 / 278 ، الشرح الصغير وبلغة السالك 2 / 120 ،121، الذخيرة 8 / 200 ، المدونة 5 / 231 ، 235 ، ط : دار صادر – بيروت،الحاوى 7 / 442، حاشية الجمل 3 / 316 ،317، مغنى المحتاج 2 / 207، 208، المغنى 6 / 198 ، 207 ، البحر الزخار 6 / 83 ، شرائع الإسلام 2 / 89 ، الروضة الندية 2 / 240 .

(2) الذخيرة 8 / 200 ، المدونة 5 / 231 ، الشرح الصغير وبلغة السالك 2 / 120 ، المحلى لابن حزم الظاهرى 6 / 483 .

(3) الميراث : لغة مأخوذة من ورث الشيء يرثه ورثا وإرثا ، والإرث ما ورث ، وهو البقاء : والوارث: الباقى ، وهو اسم من اسماء الله تعالى : لأنه الباقى بعد فناء خلقه ، ويسمى به الوارث من بني الإنسان بعد موت المورث ، والميراث : اصطلاحا : انتقال مال الغير إلى الغير على سبيل الخلافة ، وقيل : نصيب مقدر شرعا للوارث .

يراجع : لسان العرب 5 / 4808 ، باب الثاء فصل الواو ، المصباح المنير 389 ، حاشية قليوبى 3 / 134 ، مغنى المحتاج 3 / 3 ، الأحوال الشخصية فى المواريث د / محمد مصطفى شحاته ص 13 ، ط 1407 هـ – 1987م .

(4) يراجع : تكملة شرح فتح القدير وشرح العناية 9 / 278 ، الذخيرة للقرافى 8 / 200 . الحاوى الكبير للماوردى 7 / 442 ، المغنى لابن قدامة 6 / 198 ، 207 ، البحر الزخار 6 / 83 ، شرائع الإسلام 2 / 89 ، الروضة الندية 2 / 240 .

الفرع الثانى
شروط تملك الدائن لدينه
وكيفية بيع مال المدين جبراً عنه فى القانون الوضعى

تمهيد

إن حق الدائن قبل مدينه يثبت بالوسائل القانونية وبالأوضاع المقررة فإذا تعذر عليه الحصول على حقه بالطريقة الودية لزمه مقاضاه مدينه .

فإذا ما حصل على حكم نهائى يثبت حقه كان بيده سنداً تنفيذياً لأخذ حقه جبراً عن المدين .

فالتنفيذ الجبرى يتحدد نطاقه عند امتناع المدين من تنفيذ إلتزامه إختيارياً ، ولا يمكن للدائن أن يلجأ إلى هذا التنفيذ إلا إذا حصل على سند تنفيذى ، وكان حقه محقق الوجود ومعين المقدار ، وحال الأداء ، فيكون له الحق فى التنفيذ على أموال المدين ، والتنفيذ عادة يكون بالحجز [1] على هذه الأموال وبيعها ، ولقد فصل قانون المرافعات [2] إجراءات التنفيذ على المنقولات لدى المدين ولدى الغير، وعلى عقارات المدين ، وكذلك إجراءات توزيع ما ينتج من حجز أموال المدين وبيعها على الدائن سواء عن طريق التقسيم بالمحاصة أو التوزيع بحسب درجات الدائنين[3] .

---

(1) الحجز هو : وضع مال المدين تحت يد القضاء تمهيدا لنزع ملكيته وتمكين الدائن من اقتضاء حقه من ثمنه .

يراجع : قواعد التنفيذ الجبرى فى قانون المرافعات د / عزمى عبد الفتاح 306 .

(2) قانون المرافعات : هو مجموعة القواعد التى تبين التنظيم القضائى فى الدولة وتحدد إختصاص المحاكم ، والتى تنظم الإجراءات والمواعيد الواجبة الإتباع فى التقاضى والمحاكمة والفصل فى الخصومات وتنفيذ الأحكام . يراجع : المبسـط فى قانون المرافعات المدنية والتجارية د / غبد الحكم أحمد شرف ص 7 ، ط 1409 هـ - 1989م .

(3) يراجع : الوسيط فى شرح القانون المدنى د / عبد الرزاق أحمد السنهورى 2 / 938 ، 939 النظرية العامة فى الإلتزامات د / عبد السلام ذهنى بك ص 261 ط : مطبعة مصر .

لذلك وضع فقهاء القانون الوضعى شروطا يجب توافرها لتملك الدائن لدينه من مال المدين جبرا عنه ، وكذلك وضعوا ضوابط واعتبارات لكيفية بيع المال ، راعوا فيها النظر بين مصلحة المدين ومصلحة الدائن ، ونوضح ذلك فيما يلى :

أولا : الشروط التى يجب توافرها لتملك الدائن لدينه من مال المدين جبراً عنه :

1- أن يكون بيد الدائن سند تنفيذي وعليه الصيغة التنفيذية.

ولقد نصت المادة 280 من قانون المرافعات على أنه (لا يجوز التنفيذ الجبرى إلا بسند تنفيذى ....) .

فإنه يتعين حتى يمكن للدائن ويستطيع أن يجبر المدين على تنفيذ التزامه أو ينفذ على أمواله ويتملك لحقه جبراً عنه ، أن يكون بيده سند تنفيذى يثبت هذا الحق [1].

والسندات التنفيذية هى : الأحكام والأوامر والمحررات الموثقة ومحاضر الصلح التى تصدق عليها المحاكم والأوراق الأخرى التى يعطيها القانون هذه الصفة [2] .

فالأحكام هى : الأحكام القضائية الموضوعية التى تصدر على خصم متضمنة منفعة للخصم الأخر ويتطلب تنفيذها استعمال القوة الجبرية [3] .

والأوامر هى : ما يصدر من القضاء من قرارات بناءا على طلب خصم دون سماع أقوال الخصم الأخر ودون تكليفه بالحضور [4].

---

(1) ولقد قضت محكمة النقض أن التنفيذ الجبري لا يكون إلا بموجب سند تنفيذى دال بذاته على استيفاء الحق . يراجع : الموسوعة الذهبية د / عبد المنعم حسنى 5/ 9 طعن 275 لسنة 31 جلسة 1/2/ 1966 س 17 ص 214 .

(2) يراجع : إجراءات التنفيذ د / أحمد أبو الوفا 19 ، 41 ، إجراءات التنفيذ د / نبيل عمر 116 قواعد وإجراءات التنفيذ د / عبد العزيز بديوى 51 ، أحكام الالتزام بين الشريعة والقانون د / طلبه وهبه ص 15 ، الموجز فى النظرية العامة للالتزامات د / محمود زكى 779 ، قواعد التنفيذ الجبرى د / عزمى عبد الفتاح 116 .

(3) يراجع : إجراءات التنفيذ د / أحمد أبو الوفا 41 ، قواعد التنفيذ الجبرى د / عزمى عبد الفتاح 131

(4) يراجع : الوجيز فى التنفيذ الجبرى د / عبد الحكم شرف 150 ، 197 ، قواعد التنفيذ د / عزمى عبد الفتاح 199 .

والمحررات الموثقة هى : المحررات الرسمية وهى عبارة عن ورقة يحررها موظف عام مختص بذلك يطلق عليه الموثق أو كاتب العدل ، ويثبت فيها ما تم على يديه من تصرف أو عقد أو ما تلقاه من ذوى الشأن طبقا للأوضاع القانونية ، وفى حدود سلطته واختصاصه [1] ومحاضر الصلح التى تصدق عليها المحاكم هي: ما يجريه قاضى المحكمة فى الدعاوى الجزئية من صلح بين الخصوم فإذا ما نجح فيثبت ذلك فى محضر ويتمتع بقوة تنفيذيه ، وإذا أخل أحد الأطراف بما التزم به فيجرى التنفيذ ضده بمقتضى محضر الصلح ، والمحضر عقد وليس حكم [2] .

والأوراق الأخرى التى يعطيها القانون قوة تنفيذية منها :

محضر التسوية الودية لتوزيع حصيلة التنفيذ ، فإذا ما تفق الدائنون على توزيع حصيلة التنفيذ دون تدخل من القاضى ، فإنه يثبته فى محضر، ويكون له قوة السند التنفيذي[1] فلا يكفى أن يكون الدائن صاحب حق موضوعى ، بل لابد من أن يكون بيده سند تنفيذي يثبت حقه بعد ما منعت القوانين الوضعية الأفراد من اقتضاء حقوقهم بأنفسهم ، فالسند التنفيذى عملَ قانونى يتخذ شكلا معينا يتضمن تأكيدا لحق الدائن الذى يريد الإقتضاء الجبرى فإذا صدر بحقه حكم أو تضمنه سند رسمى كان الحق قابلا للتنفيذ ، ولا يجوز إجراء التنفيذ بغير سند تنفيذى وأن يذيل هذا السند بالصيغة التنفيذية [3] .

والصيغة التنفيذية هى : أمر صادر من الدولة إلى السلطات المختصة بإجراء تنفيذ السند التنفيذى جبرا ولو اقتضى الأمر استعمال القوة الجبرية وفى ذلك نصت المادة 280 / 2 مرافعات (وعلى الجهة التى يناط بها التنفيذ أن تبادر إليه متى

---

(1) وقضت محكمة النقض أن ما تم من أعمال أمام مكتب التوثيق له قوة تنفيذية . يراجع : الموسوعة الذهبية د/ عبد المنعم حسنى 5/ 45 طعن 257 لسنة 36 جلسة 1971/1/19م س 22 ص 52 . إجراءات التنفيذ د / أحمد أبو الوفا 209 ، أحكام الالتزام د / طلبه وهبة ص 16 .

(2) يراجع : قواعد التنفيذ الجبرى د / عزمى عبد الفتاح 215 ، 217 ، الوجيز فى التنفيذ الجبرى د/ عبد الحكم شرف 218 ، 219 .

(3) يراجع : قواعد التنفيذ الجبري د / عزمى عبد الفتاح 215 ، 217 .

طلب منها ، وعلى السلطات المختصة أن تعين على إجرائه ولو باستعمال القوة الجبرية متى طلب إليها ذلك) [1] .

2 – الحق الذى يؤكده السند التنفيذى محقق الوجود .

يشترط أن يكون الدين محقق الوجود ، أى وجوده مؤكد غير متنازع فيه ولا معلق على شرط ، ولقد نصت المادة 265 من القانون المدنى والمادة 268 على أن الحق يكون محقق الوجود إذا لم يكن معلق على شرط واقف أى غير مترتب وجوده على أمر مستقبل غيرمحقق الوقوع فالحقوق المتنازع عليها أو على ترتبها فى الذمة يجب تصفية النزاع فيها قبل قهر المدين وجبره على الوفاء[2] .

فإذا ما كان الإنسان لا يستطيع أن يقتضى حقه بنفسه بل يلجأ إلى القضاء كان من اللازم عليه أن يقنع القاضى بوجود حقه الذى ينازعه فيه الغير أو يمتنع من الوفاء به ويتعين عليه إقامة الدليل على هذا الحق .

فإثبات الحق يكون بإقامة الدليل على وجود واقعة قانونية تعد أساسا لحق مدعى به أمام القضاء بالكيفية والطرق التى يحددها القانون ، ويكون بتقديم الدليل أمام القضاء فالإثبات للحقوق ضرورى يستلزمه تنظيم المجتمع ، فإذا لم يتمكن صاحب الحق من إقامة الدليل على حقه ، تجرد هذا الحق من كل قيمة عملية ، فالدليل هو قوام الحق ومعقد النفع منه [3] ، فإذا أقام الدليل على حقه كان حقه

---

(1) يراجع : قواعد التنفيذ الجبرى د / عزمى عبد الفتاح 129 ، 284 ، الوجيز فى التنفيذ الجبرى د/ عبد الحكم شرف 81 ، 82 ، 93 ، الموجز فى النظرية العامة للالتزامات د / محمود زكى 779 ، إجراءات التنفيذ د / نبيل عمر 117 ، الموسوعة الذهبية د / عبد المنعم حسنى 5/ 150 طعن 59 لسنة8 جلسة 19/1/ 1939م .

(2) يراجع : إجراءات التنفيذ د / أحمد أبو الوفاء 249 وما بعدها ، الموجز فى النظرية العامة نلالتزامات د / محمود زكى 779 ، النظرية العامة للالتزامات د / توفيق فرج 2 / 63 ، إجراءات التنفيذ د/ نبيل عمر 116، 270 .

(3) يراجع : قواعد الإثبات د / عبد الرازق فرج ص 3 – 6 (بدون ذكر طبعة) .

4 – **مملوكا للراهن فإن كان ملكا للغير فهو قابل للإبطال بناءا على طلب الدائن المرتهن ويزول بإقرار المالك الحقيقى أو إجازة الدائن المرتهن [1] .**

والأصل فى حيازة المرهون رهن حيازة أن تكون للدائن أو لأخر يتفق عليه المتعاقدان وتظل الحيازة حتى يتم استيفاء الدين ، إلا أن الملكية للشيء المرهون تظل للراهن وله أن يتصرف فيه بما لا يمس حق الدائن رغم الرهن ، فملكية المرهون تبقى للراهن وله أن يرتب عليه حقا عينيا للغير ، وهذا التصرف لا يضر بالدائن المرتهن ، لأنه يصدر بعد نفاذ الرهن فى مواجهة الغير . فيكون له حق التقدم والتتبع .

وبمقتضى القانون يسعى الدائن المرتهن فى استغلال الرهن إن كان فى حيازته وما يأخذه ويحصل عليه من غلة يستنزل من الدين ، ولا يتسير هذا إلا إذا كانت الحيازة لدى الدائن [2].

ويمتاز الرهن الرسمى بخصائص كثيرة منها :

أ – **أنه حق عينى عقارى يعطى للدائن المرتهن حق الأولوية والتقدم على غيره من الدائنين فى استيفاء دينه من ثمن المرهون ، كما يعطيه حق التتبع للعقار المرهون فى أى يد يكون .**

ب – **الرهن الرسمى حق تبعى أي تابع للدين فلا يقوم الا بقيامه وينتهى بانتهائه .**

ج – **الرهن الرسمى غير قابل للتجزئة أو القسمة فيبقى الرهن ضامنا لكل الدين ، ولكل جزء من الدين فلو انقضى جزء من الدين يبقى العقار ضامنا لما بقى من الدين ويجوز التنازل عن ذلك بالإتفاق بين الراهن والمرتهن فى عقد الرهن[3].**

---

(1) يراجع : التأمينات العينية د / عبد الناصر العطار 189 ، التأمينات الشخصية والعينية د / سمير تناغو ص 365 .

(2) يراجع : التأمينات العينية د / عبد الناصر العطار 185 ، 193 ، 236 ، مجموعة الأعمال التحضيرية 7 / 194 .

(3) يراجع : الوسيط د / السنهورى 271/10 ، 274 ، مجموعة الأعمال التحضيرية 34/7 . =

وأيضا يمتاز الرهن الحيازى بخصائص عدة منها :

أ – الرهن الحيازى عقد رضائى ملزم للجانبين يتم وينعقد بالإيجاب والقبول دون حاجة إلى التسليم .

ب – الرهن الحيازى حق تبعى لا ينشأ إلا تبعا لدين وينتهى بانتهائه .

ج – الرهن الحيازى يخول الدائن المرتهن حق التقدم والتتبع للمرهون ، فيتثبت له الأولوية فى استيفاء دينه من ثمن المرهون على بقية الدائنين ، وله حق تتبعه فى يد من انتقل إليه إلا أنه يتأثر بقاعدة الحيازة فى المنقول سند الملكية أي أنه ينتقل بالحيازة .

د – الرهن الحيازى غير قابل للتجزئة : أى يبقى الرهن بحاله ما لم يسدد الدين كله ولو كان الدين قابلا للانقسام ما لم يتفق على خلاف ذلك [1].

الفرق بين الرهن الرسمى والرهن الحيازى :

مما سبق يتضح أن الرهن الحيازى والرهن الرسمى يتفقان فى في أمور ويختلفان في أمور أخرى :

[illegible] : أن كلا منهما لا ينشأ إلا بالرضا والإتفاق ، وللدائن المرتهن سلطة التقدم والتتبع عند التنفيذ على المرهون .

2 – عدم تجزئة المرهون رهنا رسميا أو حيازيا إلا بالإتفاق .

3– ويختلفان فى أن الرهن الحيازى ينعقد بالرضا ، والرسمى لا ينعقد إلا بشكلية معينة .

– التأمينات الشخصية والعينية د / رمضان أبو السعود 230– 234، التأمينات العينية د / عبد الناصر العطار 8، 9، 51 ، 52 ، مجموعة أحكام محكمة النقض طعن 615 لسنة 49 ق نقض مدنى جلسة 1984/12/25م طعن 1149 لسنة 49ق نقض مدنى جلسة 28/ 12/ 1986م ، طعن 1496 لسنة 57 ق جلسة 31/5/ 1992م .

(1) يراجع: مجموعة الأعمال التحضيرية 7/ 194، الوسيط د/ السنهورى 10/ 741، التأمينات الشخصية والعينية د / محمود زكى 359 – 362 ، التأمينات الشخصية والعينية د / سمير تناغو 365 ، 366 .

4- **للدائن فى رهن الحيازة سلطة حبس المرهون حتى يستوفى دينه ، والرهن الرسمى لا يخول الدائن هذه السلطة .**

5- الرهن الحيازى يكون عقاراً ومنقولاً، والرهن الرسمى : الأصل فيه أن يكون عقارا.

6- الرهن الحيازى : معين أو قابل للتعيين ، والرهن الرسمى : يجب التعيين للمال والدين تعيينا دقيقا ذاتيا .

ثانيا : حكم الرهن (تكييف عقد الرهن) :

لما كان من المفروض أن يقوم المدين بالوفاء بحق الدائن إختيارا ، فإذا ما امتنع عن ذلك أو تأخر كان للدائن أن يقتضى حقه جبراً عنه عن طريق التنفيذ الجبرى على أى مال من أمواله ، لأن جميع أمواله ضامنة للوفاء بحقوق دائنيه ، وهذا هو الضمان العام .

غير أنه قد لا يكفى لتأمين حق الدائن ، لأنه يشمل كل أموال المدين دون تخصيص شيء منها للوفاء بحق الدائن ، وقد يتصرف فيها المدين فينقص هذا الضمان ، أو يكون معسراً ولم تكف أمواله للوفاء بحقوق الدائنين فيضيع على كل منهم جزء من حقه .

فكان لابد من وجود تأمين [1] خاص لحق الدائن إلى جانب الضمان العام .

فأباح المشرع الوضعى للدائن أن يحصل على تأمينات خاصة لحقه حتى يستطيع أن يطمئن على أمواله واستيفاء حقه من مدينه ويأمن بها إعسار المدين ويدرأ عنه

---

(1) التأمين هو : الأمن أو الأمان الذى يبغيه وينشده الإنسان من خطر قد يتهدده ، فهو وسيلة يسعى إليها الدائن لتأمين الوفاء بالإلتزام ، لأن الدائن يتعرض لمخاطر منها : عند تحقق الأجل قد يصبح المدين معسرا ، فلا يحصل على شيء أو يحصل على شيء يسير تتبدد حاجته إلى طلب الأمن والأمان من هذا الخطر . فمن هنا كانت مشروعية التأمينات لتحقق غرض الدائن فى هذا الشأن . يراجع : التأمينات الشخصية والعينية د / رمضان أبو السعود ص 8 .

بها غشه وإهماله ، إذ أن هذه التأمينات تكون كافية للوفاء بحق الدائن كاملا فى ميعاد الاستحقاق [1].

وهذه التأمينات الخاصة نوعان: تأمينات شخصية ، وتأمينات عينية :

1 – التأمينات الشخصية : هى ضم ذمة أو أكثر إلى ذمة المدين الأصلى فيصبح للدائن بدلاً من مدين واحد مدينين أو أكثر كلهم مسئولون عن الدين ، وبذلك يكفل حق الدائن أكثر من ذمة ، فإذا أعسر المدين رجع الدائن على غيره من المسئولين الأخرين عن حقه ، وفى ذلك تأمين كاف لحقه ، ومن أمثلة هذه التأمينات عقد الكفالة [2][3] .

2– التأمينات العينية : وهذه التأمينات منها ما ينشأ بنص القانون كحقوق الإمتياز[4] ومنها ما ينشأ بحكم قضائى كحق الاختصاص [5]، ومنها ما ينشأ بالإتفاق وهو الرهن .

---

(1) يراجع : الوسيط د / السنهورى 10 / 5 ، 6 ، التأمينات العينية د / عبد الناصر العطار 1–3 .

(2) الكفالة : عقد بمقتضاه يكفل شخص تنفيذ إلتزام ، بأن يتعهد للدائن بأن يفى بهذا الإلتزام إذا لم يف به المدين نفسه (مادة 772 مدنى) ...

فيتعدد المسـ... عن الوفاء بحق الدائن ، فالدائن يحمى حقه بالتأمين الخاص إذ يستوفيه من أى من المسئولين عن ... به .

يراجع : التأمينات الشخصية والعينية د / رمضان أبو السعود ص 30 ، التأمينات العينية د/ عبد الناصر العطار ص 2 / التأمينات الشخصية والعينية د / سمير تناغو ص 17، التأمينات الشخصية والعينية د/ محمود زكى ص 29 .

(3) يراجع : الوسيط د / السنهورى 10 /6، التأمينات الشخصية والعينية د / رمضان أبو السعود 18–20 ، التأمينات العينية د / عبد الناصر العطار 1 – 3 .

(4) حق الإمتياز : أولوية يقررها القانون لحق معين مراعاة منه لصفته ، كدين النفقة لا يجوز الحجز عليه مثلا (مادة 1130 مدنى) .

يراجع : التأمينات الشخصية والعينية د / محمود زكى 433 ، التأمينات الشخصية والعينية د/ سمير تناغو 410 .

(5) حق الاختصاص حق عينى تبعى على عقار أو أكثر من عقارات المدين يأمر به القاضى بناءا على–

وتعلى هذه التأمينات تخصيص مال معين يكون عادة مملوكا للمدين ، لتأمين حق الدائن فيكون له حق عينى وتبعى على هذا المال ، ويكفل الوفاء بحقه ، ولو انتقلت ملكية المدين له حتى له أن يتبعه فى يد من انتقل إليه ، ويستطيع أن يحجز عليه وهو فى يد الغير ويستوفى حقه منه ، ويتقدم على غيره من الدائنين العاديين والدائنين الأنزل في المرتبة .

فهذه التأمينات وخاصة عقد الرهن ، وضعها المشرع الوضعى ونظمها وأباحها من أجل أن توفى الضمان الكافى للدائن ، وتضع تحت يد المدين أداة للثقة والإئتمان ، فبمقتضى عقد الرهن يستطيع المدين أن يقدم للدائن الضمان الكافى لحقه من أجل أن يحصل على ما يحتاج إليه من المال مادام قادرا على أن يقدم لدائنه الضمان الكافى [1].

فالرهن يقوم على الثقة والائتمان وهما من أهم وسائل التعامل فى المجتمع المتحضر حيث يستطيع المدين أن ينتفع بكل ما فى حوزة الدائن من طاقات مالية ، وأن يحصل الدائن على ما يقابل ذلك من المال ، وهذا هو الإئتمان الذى تتميز به المجتمعات المتحضرة ، فلابد من أن تنمو وسائل الإئتمان وتقوى ليس فحسب لفائدة الدائن ، بل أيضا لفائدة المدين نفسه ، فالرهن عقد بمقابل يستفيد منه طرفا العقد" الراهن والمرتهن" ، فيستفيد المرتهن – الدائن – حيث يضمن الوفاء بالدين ،

= طلب الدائن المحكوم له بدينه ، وهذا الحق لا يختلف عن الرهن إلا من حيث مصدره . فمصدره القضاء، ومصدر الرهن الاتفاق .

يراجع : التأمينات العينية د / عبد الناصر العطار 164 . التأمينات الشخصية والعينية د / محمود زكى 338 .

(1) يراجع : الوسيط د / السنهورى 10 / 6 . التأمينات الشخصية والعينية د / رمضان أبو السعود 18- 20 . التأمينات العينية د/ عبد الناصر العطار 1 – 3 .

ويستفيد الراهن – المدين – بالثقة التى هو فى حاجة إليها والانتفاع بمال الدائن والتى لا يمنحها بدون الرهن فلم يرهن الشيء للتبرع به [1].

فالغاية والهدف من الرهن أن يباع المرهون عند حلول أجل الدين إذا لم يقم المدين بالوفاء أو امتنع عنه ويتملك المرتهن – الدائن – لدينه جبرا عن الراهن بالطرق والكيفية التى نظمها المشرع الوضعى .

(1) يراجع : التأمينات الشخصية والعينية د / سمير تناغو ص 5 وما بعدها ، التأمينات الشخصية والعينية د/ رمضان أبو السعود 228 ، 229 .

الفرع الثالث
الموازنة بين موقف الفقه الإسلامى والقانون الوضعى من تعريف الرهن وبيان حكمه

بعد بيان موقف الفقه الإسلامى من تعريف الرهن وبيان حكمه وكذلك موقف القانون الوضعى يتبين ما يأتى :

1- الرهن فى القانون الوضعى يتنوع إلى نوعين : رهن رسمى ورهن حيازي والرهن فى الشريعة الإسلامية نوع واحد، وهو رهن الحيازة سواء كان المرهون منقولا أو عقاراً .

2- الرهن الحيازى عند القانونيين قريب فى حقيقته وفى أغلب أحكامه إلى رهن الحيازة فى الشريعة الإسلامية .

أ – حيث يتفقان فى قبض المرتهن للعين المرهونة ونقل حيازتها إلى المرتهن أو العدل ، ليتحقق معنى التوثق فى الرهن ، لأنه لو بقيت العين فى يد الراهن فيمكن أن يدعى أنه ما رهن ، أو أنه وفىَّ الدين وقبض المرهون .

ب – ويتفقان فى عدم جواز الإنتفاع بالمرهون للمرتهن بدون مقابل وفى وجوب الاستغلال والمحافظة عليه .

ج – ويتفقان فى أن كلا منهما يرد على العقار والمنقول .

3- أما الرهن الرسمى فلم يكن معروفا فى الشريعة الإسلامية ، وقد أنشأته القوانين الوضعية وهو خاص برهن العقار فى الأصل ، ولا يشترط فيه قبض المرهون. بل يظل فى يد مالكه إلا أن للمرتهن حق تتبعه فى يد أى حائز له لإستيفاء حقه من ثمنه عند الأجل إذا لم يوفه الراهن، وله حق التقدم على غيره من الغرماء. وقد استعاضوا عن القبض بالتوثيق الرسمى فجعلوه كالقبض، فالوسائل التى شرعها القانون المدنى للمحافظة على حق الدائن من قيد وغيره كفيله بحفظ العين المرهونة وبقائها ضمانا للدين ، فكان فى ذلك تأمين للدائن وليس هذا م

يمنع من أن يقوم مقام القبض شرعا ، فكل وسيلة تؤدى إلى تأمين الدائن على دينه تقوم مقام القبض .

4- لقد اتفق القانون مع الفقه فى كون الرهن ضمانا للعين كما هو ضمان للدين كما ذهب إلى ذلك الحنفية والمالكية .

5 – كذلك اتفق القانون الوضعى مع الفقه الإسلامى فى أنه يجوز رهن العين والدين كما ذهب إلى ذلك المالكية وغيرهم ، لأنه يمكن الإستيفاء من الدين ، لأنه مقدور عليه فجاز رهنه.

6- وافق القانون بعض الفقهاء فى حبس المرهون لدى المرتهن وفى دوام الحبس حتى يتم استيفاء الدين وكذلك اتفق القانون مع الفقه الإسلامى فى مشروعية الرهن وأن الهدف منه هو استيفاء الدين من المرهون أو من ثمنه عند حلول الأجل إذا لم يوف الراهن أو امتنع عن الوفاء [1] .

---

(1) يراجع : أحكام إنتفاع المرتهن بالرهن د / عبد الفتاح البرشومى 22 وما بعدها ، التأمينات العينية د / عبد الناصر العطار 185 وما بعدها .

المطلب الثانى
كيفية تملك المرتهن لحقه من المرهون
أو من ثمنه جبراً عن الراهـن

وفيه ثلاثة فروع :

الفرع الأول : كيفية تملك المرتهن لحقه من المرهون أو من ثمنه جبراً عن الراهن في الفقه الإسلامى .

الفرع الثانى : كيفية تملك المرتهن لحقه من المرهون أو من ثمنه جبراً عن الراهن في القانون الوضعى .

الفرع الثالث : الموازنة بين موقف الفقه الإسلامى والقانون الوضعى من كيفية تملك المرتهن لحقه من المرهون أو من ثمنه جبرا عن الراهن .

الفرع الأول
كيفية تملك المرتهن لحقه من المرهون أو من ثمنه جبراً عن الراهن فى الفقه الإسلامى

الرهن جعل وثيقة لحفظ دين المرتهن من الضياع حتى يستطيع أن يستوفى حقه من ثمن المرهون بعد بيعه إذا أفلس المدين – الراهن – ولم يوفه أو جحد الدين وأنكره .

فإذا حل أجل الدين وجاء موعد السداد المتفق عليه طالب المرتهن (الدائن) الراهن (المدين) بوفاء الدين ، ولزم الراهن – أى وجب عليه – الوفاء بالدين ، لأنه دين حال فلزم إيفاؤه سواء كان الإيفاء من الرهن أو من غيره .

موقف الفقهاء من إنفكاك الرهن بالوفاء بالدين أو ببعضه .

تحرير محل النزاع :

اتفق الفقهاء على أنه إذا استجاب الراهن إلى طلب المرتهن ووفاه دينه فيها ونعمت وانفك الرهن وعاد إلى صاحبه [1].

ولكنهم اختلفوا فيما إذا قضاه بعض الدين فهل يسترد ما يساويه من المرهون أم يبقى الرهن حتى يوفى الجميع ؟ وذلك على قولين :

القول الأول :

ذهب إليه جمهور الفقهاء " الحنفية ، والمالكية ، والشافعية ، والحنابلة ، والظاهرية، والزيدية ، وقول عند الإمامية ، وقول عند الإباضية وبه قال إسحاق [2]، وأبو ثور[3] والثورى[4] وابن المنذر [1]" .

---

(1) يراجع : تبيين الحقائق 6 / 83 ، الذخيرة 8 / 140 ، روضة الطالبين للإمام أبى زكريا النووى 4 / 108 ، ط : المكتب الإسلامى ، شرح الزركشى على مختصر الخرقى 4 / 37 ، المحلى 6 / 382 السيل الجرار 3 / 272 ، المبسوط للطوسى 2 / 205 ، النيل 11 / 66 .

(2) إسحاق هو : إسحاق بن عبد الله بن أبى طلحة زيد بن سهل الأنصارى البخارى المدنى أبو يحيى تابعى سمع عمه لأمه أنس بن مالك ، وأباه ، والطفيل بن أبى كعب ، وأخرون من التابعين ، وروى عنه يحيى بن سعيد الأنصارى ويحيى بن أبى كثير وهما تابعيان ، والأوزاعى ، ومالك ، وحماد بن سلمة وأخرون ، واتفقوا على أنه ثقة وأحاديثه مشهورة فى الصحيحين وهو أشهر إخوته عبد الله ، ويعقوب ، وإسماعيل، وعمر، وأكثرهم حديثا توفى سنة 132هـ وقيل 134 هـ" رحمه الله تعالى" . يراجع : شذرات الذهب 1 / 189 ، تهذيب الأسماء واللغات 1 / 127 ، 128 .

(3) أبو ثور هو : إبراهيم بن خالد بن أبى اليمان الكلبى البغدادى ولد سنة 170 هـ من أكابر العلماء فى عصره ، أحد أئمة الدنيا فقها ، وعلما ، وورعا ، وفضلا ، روى عن سفيان بن عيينه ، ووكيع وأبى معاوية ، توفى ببغداد سنة 240هـ " رحمه الله تعالى" . يراجع : طبقات الفقهاء للشيرازى 101 ، 102 وفيات الأعيان 1 / 26 ، تذكرة الحفاظ 2 / 512.

(4) الثورى هو : سفيان بن سعيد بن مسروق بن حبيب الثورى الكوفى ولد سنة 97 هـ ، كان إماما عالما ، بارعا فى الحديث والفقه من تابعى التابعين روى عن عبد الملك بن عمير وأبا إسحاق وغيرهما من التابعين ، وروى عنه الأوزاعى ، ومالك والفضيل بن عياض وابن المبارك توفى بالبصرة =

أن العين المرهونة رهن بجميع الدين وبكل جزء من أجزائه ، فإذا قضاه بعض الدين فالرهن لا ينفك ويبقى بيد المرتهن ولا يعود إلى الراهن حتى يوفى جميع الدين أو يقضيه [2].

واستدلوا على ذلك بما يلي :

1 – أن الرهن تعلق ووقع فى جملة الحق المرهون فيه ، فإن سقط بعض الدين بالوفاء أو بغيره كالحوالة [3] أو الإبراء [4]، فلا يسقط بعض الرهن وتظل

=سنة 161هـ رحمه الله تعالى . يراجع : الأعلام 3 / 104 ، شذرات الذهب 1 / 250 ، وفيات الأعيان 2 / 386 رقم 266 ، تهذيب الأسماء واللغات 1 / 215 .

(1) ابن المنذر هو : محمد بن إبراهيم بن المنذر بن عبد الله النيسابورى أبو بكر ولد سنة 242هـ إمام مجمع على إمامته وجلالته فى الحديث والفقه ، أخذ العلم عن أساتذة عصره منهم أبو حاتم الرازى ، وأبو سعيد بن إسحاق، وروى عنه الدارقطنى، والبغوى، وغيرهما ، له مصنفات كثيرة فى الإجماع والخلاف منها : الأوسط والأشراف والإجماع ، توفى سنة 309 هـ وقيل 310 ، وقيل 318 " رحمه الله تعالى" . يراجع : شذرات الذهب 2 / 280 ، تهذيب الأسماء واللغات 2 / 485 .

(2) يراجع : الفتاوى الهندية 5 / 446 ، تبيين الحقائق 6 / 83 ، مجمع الأنهر 2 / 587 ، بداية المجتهد 2 / 423 ، الذخيرة 8 / 140 ، حاشية الدوسقى 3 / 258 ، روضة الطالبين 4 / 108 ط : المكتب الإسلامى، الأم 3 / 209 ط : دار الغد العربى ، البيان العمرانى 6 / 26 ، شرح الزركشى على مختصر الخرقى 4 / 37 ، كشاف القناع 3 / 342 ، المحلى 6 / 382 مسألة رقم 1221 ، الروض النضير 3 / 375 ، السيل الجرار 3 / 272 ، المبسوط للطوسى 2 / 205 ، فقه الإمام جعفر الصادق 4 / 36، شرح كتاب النيل وشفاء العليل 11 / 66، 67 الإجماع للإمام محمد بن المنذر ص 97 رقم 525 ط:الأولى 1401 هـ، تحقيق فؤاد عبد المنعم .

(3) الحوالة لغة : النقل والتحويل يقال : حول الشيء : نقله من مكان إلى آخر ، وحولته تحويلا : نقلته من موضع إلى موضع وأحلته بالدين إلى ذمة غير ذمته , والحوالة اصطلاحا : عقد يقتضى نقل الدين وتحويله من ذمة المحيل إلى ذمة أخرى هى ذمة المحال عليه ... يراجع : المصباح المنير 97 ، المعجم الوسيط 230 ، تهذيب الأسماء واللغات 3 / 71 ، مغنى المحتاج 2 / 263 ، الإقناع بهامش حاشية البجيرمى 3 / 444 ، نشر المكتبة التوفيقية التعريفات للجرجانى 126 .

(4) الإبراء لغة : مأخوذ من برئ من الدين براءة : سقط عنه طلبه، وأبرأ فلان فلانا من حق له عليه : خلصه منه .

واصطلاحا : إسقاط شخص ماله من حق قبل شخص آخر ، كإسقاط الدائن دينه . =

العين المرهونة بحالها على ما بقي ، لأن الرهن وثيقة على كل جزء من الدين .

2 – الرهن محبوس بحق فوجب أن يكون محبوسا بكل جزء منه ، وذلك كحبس التركة عن الورثة حتى يؤدوا جميع الدين الذى على الميت ، وحبس المبيع حتى يؤدى المشترى جميع الثمن .

3 – الرهن لا يتبعض قياسا على الشهادة [1] بجامع التوثيق وكذلك الكفالة يتعلق بالكفيل الدين وأجزاؤه ولا يتبعض [2] .

القول الثانى :

ذهب إليه بعض الإمامية وبعض الإباضية وذكره ابن رشد [3] عن قوم .

أن الراهن له استرداد ما يساوى ما دفعه من الدين من المرهون إذا كان الرهن يتجزأ بلا ضرر ، وقيل : إن لم يشترط بقاء الرهن لحين الوفاء بجميع الدين انفك بقدر ما أدى [1].

=يراجع : المصباح المنير 34 ، المعجم الوسيط 66 ، أحكام المعاملات الشرعية للشيخ على الخفيف 507

(1) الشهادة لغة : الإخبار بما رأى والبينة .

واصطلاحا : إخبار بحق للغير على الغير بلفظ أشهد ، وسمى الشهود بينة ، لأن بهم يتبين الحق. يراجع : المصباح المنير 195 ، المعجم الوسيط 522 ، شرح فتح القدير وشرح العناية 7/ 364 ، حاشية قليوبى 4 / 318 .

(2) يراجع : تبيين الحقائق 6 / 83 ، مجمع الأنهر 2 / 587 ، حاشية رد المحتار لابن عابدين 6 / 485 ، الخرشى على مختصر خليل لأبى عبد الله محمد الخرشى 5 / 259 ط : دار الفكر الذخيرة 8 / 140 ، حاشية الدسوقى 3 / 258 ، الحاوى الكبير للماوردى 7/ 122 ، تكملة المجموع للمطيعى 195/13، البيان العمرانى 6/ 26 ، كشاف القناع 3 / 342، المحلى.6/ 382 الروض النضير 3 / 375 فقه الإمام جعفر الصادق 4 / 36 ، النيل 11 / 66 ، 67 .

(3) ابن رشد هو : محمد بن أحمد بن محمد بن رشد المالكى أبو الوليد جد ابن رشد الفيلسوف ولد سنة 450 هـــ زعيم فقهاء عصره بالأندلس والمغرب من أعيان المالكية ، قاضى الجماعة بقرطبة من مؤلفاته: المقدمات الممهدات ، والبيان والتحصيل ، توفى سنة 520 هـــ ،"رحمه الله تعالى" .

يراجع : الأعلام 5 / 316 ، سير أعلام النبلاء 9 / 501 رقم 290 ، شذرات الذهب 4 / 62 .

واستدلوا على ذلك :

بأن الرهن محبوس جميعه بجميع الدين ، فوجب أن تكون أبعاضه محبوسة بأبعاضه [2].

القول الراجح :

يتضح لى أن ما ذهب إليه جمهور الفقهاء من بقاء الرهن بحاله ولا يتبعض سواء كان يتجزأ أو لا يتجزأ حتى يقضى الدين كله ، هو الراجح ، لأن المقصود من الرهن هو الاستيثاق ، وليكون ذلك دافعا على سرعة قضاء الدين وإبراء الذمة لينفك الرهن ويعود إلى الراهن .

شرط تملك المرتهن للرهن أو يكون مبيعا له عند حلول الأجل وعدم الوفاء

لقـد اتفق الفقهاء على أنه إذا حل أجل الدين ولم يوف الراهن الدين وكان قد شرط أن يتملكه المرتهن بدينه أو أن يكون مبيعا له عند حلول الأجل إذا لم يوفه حقه أن هذا الشرط لا يجوز ، لتعليق البيع وتأقيت الرهن ، وكذلك لو قال الراهن للمرتهن إن جئتك بحقك ليوم كذا ، وإلا فالرهن لك . لم يملكه المرتهن بذلك إجماعا [3].

---

(1) يراجع : المقدمات الممهدات لبيان ما اقتضته رسوم المدونة من الأحكام الشرعيات للإمام أبى الوليد محمد بن رشد الجد 2 / 367 ط : دار الغرب الإسلامى . تحقيق د / محمد حجى ، بداية المجتهد ونهاية المقتصد 2/ 423 ، فقه الإمام جعفر الصادق 4/ 36 ، شرح كتاب النيل 11/ 68 .

(2) يراجع : بداية المجتهد 2/ 423، فقه الإمام جعفر 4/ 36 ، النيل 11/ 68 .

(3) يراجع : بدائع الصنائع 6 / 224 ، حاشية رد المحتار 6 / 477 ، المنتقى للباجى 5/ 239 ، بداية المجتهد 2 / 422 ، الذخيرة 98/8 ، المعونة 2 / 156 ، روضة الطالبين 4 / 97 ، تحفة المحتاج 5 / 90 ، المبدع 4 / 235 ، الإنصاف 5 / 167 ، المحلى 6 / 377 ، البحر الزخار 5 / 121 ، الروضة الندية 2 / 146 ، المختصر النافع لنجم الدين الحلي 137 ط : دار الكتاب العربى ، النيل 11 / 68 .

واستدلوا علي ذلك بما روى عن أبى هريرة – رضى الله عنه – عن النبى – صلى الله عليه وسلم قال : (لا يغلق الرهن – الرهن من صاحبه الذى رهنه لـه غنمه وعليه غرمه) [1].

وجه الدلالة من هذا الحديث :

لقد كان الرهن معروفا عند العرب فى الجاهلية وجاء الإسلام فأحاطه بقواعد وأحكام تنظمه وتكفل صلاحيته لما شرع لأجله .

فكانوا يرتهنون ويقولون إن جئتك بالمال إلى وقت كذا ، وإلا فهو لك ، فقال النبى – صلى الله عليه وسلم – ذلك وأهدر هذا الشرط وهو غلق الرهن وأقر أصله بما يتفق ومصلحة الإنسان ، والمراد بالإغلاق : استحقاق المرتهن له حيث لم يفكه الراهن فى الوقت المشروط فمثل هذا الشرط أبطله الشرع الحكيم وبنى الرهن على الاستيثاق [2].

أما إذا حل أجل الدين ولم يوف الراهن الدين ، وأذن للمرتهن أو العدل [3] فى بيع الرهن :

فلقد اتفق الفقهاء على أن الراهن إذا لم يقض الدين وأذن للمرتهن أو العدل فى بيع المرهون باعه واستوفى حقه من ثمن .

---

(1) الحديث إسناده حسن متصل : وقيل : مرسل، وقيل:رجاله ثقات ، يراجع : سنن الدارقطنى 3 / 23 ح 125 ، سنن البيهقى 6 / 39، 40 ، سنن ابن ماجه 2 / 816 ح 2441 ، نصب الراية للزيلعى 4 / 319 ، ط : المكتبة الإسلامية ، سبل السلام 3 / 103 ح 810 ، نيل الأوطار 5 / 279 ح / 2302 موطأ مالك كتاب الأقضية 2 / 105 ح / 16 .

(2) يراجع : نيل الأوطار 5 / 280 ، سبل السلام 3 / 103 .

(3) العدل لغة : القصد فى الأمور ، وهو خلاف الجور ، والعدل : الإنصاف ، وهو إعطاء المرء ماله وأخذ ما عليه . والعدل عند الفقهاء هو : الشخص الذى يرتضيه الراهن والمرتهن لحفظ الرهن وحيازته وبيعه عند الأجل [illegible] جع : المصباح المنير 236 ، المعجم الوسيط 617 ، العناية بهامش تكملة شرح فتح القدير 10 / 173 .

لأن حق المرتهن متعلق بالثمن ومقتضى الرهن أن يستوفى الحق من ثمنه عند الأجل ولأنه مأذون له فيه بالوكالة ، ولأن المقصود من الرهن هو بيعه عند عدم الوفاء بالدين فى أجله وقد باعه بإذن صاحبه فى قضاء دينه . فصح ذلك كما فىغير الرهن ، وما فضل من ثمنه فلمالكه ، وإن بقى شيء من الدين رجع به على الراهن [1].

أما إذا لم يأذن الراهن للمرتهن فى البيع :

فإنه يطالب أولا بالوفاء وبيع الرهن للوفاء بالدين ويتم البيع فى العادة بواسطة الراهن أو وكيله ، لأنه هو المالك الحقيقى للمرهون .

فإن طالب الراهن المرتهن برد الرهن إليه ليبيعه ، فلا يلزم المرتهن إجابته لطلبه فله أن يمكنه أولا يمكنه ، لأنه حقه فله إسقاطه ، ولأن حكم الرهن الحبس إلى أن يقضى الدين فكيف يصح القضاء من ثمنه ، ويد المرتهن لا تمنع البيع ، فيبيعه الراهن وهو فى يد المرتهن فإذا وصله حقه سلمه إلى المشترى أورده إليه ، وليس للمشترى أن يسلم الثمن إلى الراهن إلا برضا المرتهن ، لأننا لأنا من أن يستوفى الثمن ويمتنع من قضاء الدين [2].

(1) يراجع : الفتاوى الهندية 5 / 441 ، بدائع الصنائع 6 / 221 . العناية بهامش تكملة شرح فتح القدير 10 / 176 . المعونة 2 / 157 ، المنتقى للباجى 5 / 255 . حاشية الدسوقى 3 / 250 . حلية العلماء 2 / 601 ، الوسيط للغزالى 3 / 506 . ط : دار السلام للطباعة والنشر تحفة المحتاج 5 / 82 ، الروض المربع 319 ، الفروع 4 / 226 . كشاف القناع 3 / 340 – 342 . المبدع 4 / 229 البحر الزخار 5 / 123 . السيل الجرار 3 / 280 . المبسوط للطوسى 2 / 217 ، 218 . رياض المسائل 5 / 363 . شرح كتاب النيل 11 / 68 .

(2) يراجع : مجمع الأنهر 2/ 587 . حاشية رد المحتار لابن عابدين 6 / 485 . تبيين الحقائق 6 / 83 الوسيط للغزالى 3 / 521 . حاشية الجمل 3 / 288 . روضة الطالبين 4 / 88 .

موقف الفقهاء من أنه إذا حل أجل الدين وطالب المرتهن الراهن بالوفاء ، فلم يوف ولم يأذن له فى بيع الرهن وامتنع عن أداء الدين لمطل أو إعسار وهو حاضر:

تحرير محل النزاع :

فلقد اتفق الفقهاء على أن المرتهن لا يستطيع أن يستقل ببيع المرهون دون إذن الحاكم فى بيعه ، وعليه أن يرفع الأمر إلى القاضى ليتولى إجبار الراهن على الوفاء بالدين أو البيع ولا يبيع القاضى الشيء المرهون فور طلب المرتهن ، وإنما يكلف الراهن أولا قضاء الدين ، أو الإذن فى البيع للمرتهن ، أو يقوم بالبيع بنفسه أو بواسطة وكيله والمرهون فى يد المرتهن أو العدل ، فإن امتثل فيها ونعمت وقد تم المقصود [1].

وإن امتنع الراهن عن ذلك ، فقد اختلف الفقهاء فى جواز بيع القاضى الشيء المرهون جبرا عن الراهن وذلك على قولين :

سبب الاختلاف : لعل سبب الإختلاف يرجع إلى إختلافهم فى الحجر على المدين وبيع ماله جبرا عنه .

القول الأول :

ذهب إليه جمهور الفقهاء " بعض الحنفية ،المالكية، الشافعية ، الحنابلة ، الظاهرية ، الزيدية ، الإمامية ، الإباضية " إلى أن القاضى يبيع الشيء المرهون جبرا عن الراهن إذا امتنع عن الوفاء بالدين أو الإذن بالبيع للمرتهن أو البيع بنفسه

---

(1) يراجع : بدائع الصنائع 6 / 224 ، حاشية رد المحتار لابن عابدين 6 / 502 . المنتقى للباجى 7 / 255 . بداية المجتهد 2 / 423 ، حاشية الدسوقى 3 / 251 ، أسنى المطالب 2 / 166 ، 167 ، روضة الطالبين 4 / 88 ، تحفة المحتاج 5 / 83 – 84 ، المغنى 6/ 142 ، ط : دار الحديث ، المبدع 4/ 230 ، الروض المربع شرح زاد المستقنع 319 ، كشاف القناع 3 / 342- 343 ، البحر الزخار 5/ 123 . المحلى 6/ 381 . رسن الشيعة للشيخ محمد الحـــر العاملى 13/ 140 ط : دار إحياء التراث العربى ، شرائع الإسلام 2 / 80 .

وذلك دون حاجة إلى تعزير أو إجبار بحبس أو تهديد ، ولأن للحاكم بيع مال المدين إذا امتنع وقيل : يعزر أولا فإن أصر على امتناعه باعه عليه القاضى ، ويقضى الدين من ثمنه ، بأن يعطى للدائن المرتهن حقه مقدما على سائر الغرماء ، لأن لـه به حق اختصاص بالمرهون فثبت لـه الاختصاص ببدله وهو الثمن . ويتملك المرتهن دينه جبرا عن الراهن ، وذلك دفعا للضرر الواقع على المرتهن [1] .

القول الثانى :

ذهب إليه أبو حنيفة – إلى أن القاضى لا يبيع الشيء المرهون ، ولكنه يحبس الرهن حتى يؤدى الراهن الدين أو يبيع الرهن بنفسه ويؤدى دينه .

وللقاضى تعزيره بالحبس ، لأن حقه باق والحبس جزاء الظلم ، فإذا ظهر مطله عند القاضى يحبسه دفعا لظلمه وهو المماطلة [2] .

وهذا الحكم مبنى على الاختلاف فى الحجر على المدين وبيع ماله جبرا عنه ، وقد ذكرنا تفصيل ذلك من أقوال العلماء وأدلتهم ومناقشتها فى المبحث الأول [3] .

غاية الأمر عند أبى حنيفة أنه إذا امتنع من بيع المرهون للوفاء بدينه فليس للقاضى البيع للمرهون من غير رضا صاحبه ، ولكنه يحبسه حتى يبيع بنفسه ، ويجبره على البيع ولو كان المرهون داراً ليس له غيرها يسكنها ، لتعلق حق المرتهن بها بخلاف المفلس .

فإذا أجبره القاضى على البيع وباع فالبيع صحيح بهذا الإجبار ، لأنه وقع على قضاء الدين فلو قضاه بغيره صح ، وإنما البيع طريق من طرق قضاء الدين .

وإذا وجد فى مال المدين – الراهن – مال من جنس الدين وفّى الدين منه ولا حاجة للبيع جبـراً .

---

(1) يراجع : بدائع الصنائع 6/ 224، حاشية الدسوقى 3/ 251، أسنى المطالب 2/ 166، المغنـى 6/ 142، المحلى 6/ 381، البحر الزخار 123/5، شرائع الإسلام 2/ 80 ، النيل 11/ 70 .

(2) يراجع : الفتاوى الهندية 5/ 442 ، بدائع الصنائع 6 / 224 ، شرح العناية على الهداية بهامش شرح تكملـة فتح القدير 10 / 176 .

(3) يراجع : ص 66 وما بعدها .

ومع ذلك فقد اختلف مشايخ الحنفية فى قول أبى حنيفة فمنهم من قال : لا يبيع القاضى جبرا عن الراهن قياساً على المدين، ومنهم من قال : يبيع ، لأن جهة البيع تعينت [1].

والقول الراجح فى ذلك :

هو ما ذهب إليه جمهور الفقهاء من جواز بيع الشيء المرهون للقاضى جبرا عن الراهن إذا امتنع عن البيع ، أو الإذن بالبيع أو الوفاء بالدين ، لأن القول بعدم البيع للشيء المرهون إلا برضى الراهن يؤدى إلى إهدار قيمة الرهن ، حيث لا يستطيع المرتهن أن يطلب بيع الرهن للوفاء بدينه ما لم يرض الراهن ، والرهن وثيقة لضمان الوفاء بالدين ويقضى من ثمنها إن تعذر على المدين الوفاء من غيرها أو امتنع ، وإذا لم يقع الإستيفاء من الرهن بطل كونه متوثقا به ، لأن فائدة توثقته فى القضاء منه [2].

وإذا حل أجل الدين وغاب الراهن أو تغيب :

فليس للمرتهن بيع الرهن إلا بإذن القاضى ولو كان قد أذن له الراهن فى البيع ، لأن البيع لغرض نفسه فيتهم فى الإستعجال وترك النظر فى الغيبة دون الحضور ، وقيل : يبيع المرتهن الرهن بدون إذن القاضى ويأخذ قدر حقه ويتصدق بالباقى ، وقيل : لم يجز للمرتهن أن يبيع منه إلا قدر دينه [3].

---

(1) يراجع : الفتاوى الهندية 442/5، بدائع الصنائع 224/6، حاشية رد المحتار لابن عابدين 6/ 502 شرح العناية على الهداية بهامش تكملة شرح فتح القدير 176/10، تبيين الحقائق للزيلعى 82/6 .

(2) يراجع : شرح حدود ابن عرفه 2 / 415 .

(3) يراجع : غمز عيون البصائر شرح كتاب الأشباه والنظائر لابن نجيم 3/ 245 ط : دار الكتب العلمية – بيروت . حاشية رد المحتار 6/ 502 . الذخيرة للقرافى 8/ 121 . حاشية الدسوقى 3 / 251 . بلغة السالك 2 / 111- 112 . إعانة الطالبين للبكرى 3/ 610 ط : إحياء الكتب العربية نهاية المحتاج للرملى 4/ 274- 276 ط : مصطفى البابى الحلبى ، المسائل الفقهية لأبى يعلى الفراء حسنى 343/1 ط: مكتبة المعارف – الرياض – شرح كتاب النيل 11 / 70 .

فإذا حل أجل الدين وغاب الراهن أو تغيب ولم يأذن القاضى للمرتهن ببيع الرهن: فيتولى القاضى البيع بناء على طلب المرتهن ، وبعد التأكد من ثبوت الدين، وأن الرهن ملك للراهن ، فإذا تحقق ذلك وثبت لدى القاضى ، باع المرهون وقضى الدين من ثمنه .

لأن البيع تعين طريقا لأداء الواجب وهو قضاء الدين ، ويقوم القاضى مقامه ، لأنه حق تعين عليه ، كالإيفاء من جنس الدين .

ولقد اتفق الفقهاء على أن : المرتهن أحق من سائر الغرماء حتى يستوفى حقه ، فإذا ضاق المال تقدم على سائر الغرماء ، لأن حقه متعلق بعين الرهن ، وذمة الراهن معا وسائر الغرماء يتعلق حقهم بالذمة دون العين ، فكان حقه أقوى ، وهو من أكثر فوائد الرهن وإن قصر الرهن عن الوفاء بقيمة دينه فهو أسوة الغرماء فيما بقى من دينه [1].

ولقد ورد قول عن الإمام مالك والإمام جعفر الصادق : أن كل الغرماء أسوة ولا يستأثر المرتهن بثمن المرهون .

وهذا مردود، لأنه لم يتعمد ضرر الغرماء ، وقد دخلوا عند المعاملة على ذلك[2].

ويبدأ القاضى يبيع الشيء المرهون أولا ولو كان غير المرهون أولى بالبيع، كخوف هلاك أو فساد ، لوفاء الدين ، وذلك لتعلق حق المرتهن بعينه .

ويبدأ كذلك ببيع الشيء اليسير من المرهون فى المجلس ، كالثياب والذهب ، أما ماله بال ففى أيام ويشهر ويسمع به ، كالجارية والدار والثوب النفيس ، وربما نودى عليه الشهرين وإن احتاج المرهون إلى نفقة فى البيع ، كانت على الراهن ،

---

(1) يراجع : غمز عيون البصائر 3/ 245 ، حاشية رد المحتار 6/ 502 ، حاشية الدسوقى 251/3 نهاية المحتاج 2/ 274 – 276 ، المغنى 6/ 143 ط : دار الحديث ، المسائل الفقهية 1/ 338 البحر الزخار 5 / 122 ، فقه الإمام جعفر 4 / 33 – 36 ، شرائع الإسلام 2 / 80 ، رياض المسائل 5/ 364 – 365 ، النيل 11 / 68 .

(2) يراجع : الذخيرة 8 / 78 ، فقه الإمام جعفر الصادق 4 / 33 .

لأنه المالك الملزم بقضاء الدين والبيع نتيجة عدم الوفاء ، وتكون فى ذمته لا فى عين الرهن .

فإذا تعذر الرفع للقاضى أو لم يكن قاض فى البلد فلجماعة عدول أن يتولوا البيع.

وقيل : إن عجز المرتهن عن إذن الحاكم أو خاف فساد المرهون فإنه يبيعه بنفسه، وذلك كمن ظفر بغير جنس حقه من مال المديون وهو جاحد ولا بينه ، ويبيعه بالقيمة ويستوفى حقـه [1].

وإذا بيع المرهون عند امتناع الراهن من قضاء الدين أو تولى البيع بنفسه ، يكون المرتهن قد تملك دينه جبرا عن الراهن من المرهون أو من ثمنه .

---

(1) يراجع : غمز عيون البصائر 3/ 245 ، حاشية الدسوقى 3/ 251 ، الذخيرة 121/8 ، أسنى المطالب 167/2 ، روضة الطالبين 88/3 ، المبدع 230/4 ، فقه الإمام جعفر الصادق 4 / 36 مجلة البحوث الفقهية المعاصر ص 34 ، العدد 44 السنة 11 ، حق التملك د / حسين سمرة .

الفرع الثانى
كيفية تملك المرتهن لحقه من المرهون
أو من ثمنه جبرا عن الراهن فى القانون الوضعى

إذا حل أجل الدين وقام المدين الراهن بدفع الدين المضمون بالرهن وملحقاته من مصروفات وتعويضات إلى الدائن المرتهن ، أو برئت ذمته من كل ذلك بسبب من أسباب انقضاء الديون فإنه يجب على الدائن المرتهن أن يرد الشيء المرهون وملحقاته إلى الراهن ، حيث انقضى الرهن فوجب الرد للمرهون ، لأن الرهن حق تبعى يقوم بقيام الدين وينتهى بانتهائه [1].

وفى ذلك تنص المادة 1107 من القانون المدنى على أنه :

" يرد الدائن الشيء المرهون إلى الراهن بعد أن يستوفى كامل حقه وما يتصل بالحق من ملحقات ومصروفات وتعويضات" .

أما إذا حل أجل الدين ولم يقم المدين – الراهن – بالوفاء بالدين كله ، فإن بقى شيء من الدين مهما قل ، فلا يرد الشيء المرهون بل يبقى قائما حتى يوفى ما بقى لأن الرهن لا يتجزأ . ما لم يتفقا على غير ذلك ، ويكون للدائن – المرتهن – التنفيذ بما بقى من حقه على المرهونه ، ولــه أن يبقى المرهون محبوسا فى حيازته فى مواجهة الراهن حتى يستوفى دينه كله من غلة المرهون أو مما يدفعه له الراهن [2].

---

(1) يراجع : الوسيط د / السنهورى 10/ 829 وما بعدها ، التأمينات العينية د / عبد الناصر العطار ص243 ، مجموعة أحكام محكمة النقض طعن 921 لسنة 57 ق نقض مدنى جلسة 1989/12/17

(2) يراجع : مجموعة الأعمال التحضيرية 7 / 221 ، التأمينات الشخصية والعينية د / سمير تناغو 381 ، التأمينات العينية د / عبد الناصر العطار 239 ، التأمينات الشخصية والعينية د / محمود جمال الدين زكى 410 – 411 ، الوسيط د / السنهورى 10/ 831، الموسوعة الذهبية د / عبد المنعم حسنى 446/4 طعن رقم 75 لسنة 36 نقض مدنى جلسة 1973/7/11 س 24 ص 1000 .

أما إذا حل أجل الدين ولم يقم المدين – الراهن – بالوفاء بالدين :

فلقد أعطى القانون الوضعى للدائن المرتهن رهن حيازة أمرين يستعملهما معا أو يستعمل أحدهما إذا حل لأجل دينه ولم يستوف من المدين:

1 – حق حبس العين المرهونة حتى يستوفى حقه كله ، وهذا الحق لا ينازعه فيه أحد .

2 – التنفيذ بحقه على العين المرهونة أولا باعتباره دائنا مرتهنا ، فإذا لم يكف نفذ على جميع أموال المدين الأخرى باعتباره دائنا عاديا بماله من حق فى الضمان العام .

وعليه أن يستصدر الأحكام اللازمة لذلك ، لأنه قد لا يكون مزودا بورقة رسمية باعتباره دائنا مرتهنا حيازة ، ويجب أن يراعى فى التنفيذ المال المرهون أولا قبل غير المرهون وأن يكون التنفيذ على مال يفى بالدين ولا يزيد عليه كثيرا [1].

ولو كان الراهن – كفيلا عينيا غير المدين، فينفذ الدائن على المال المرهون فقط، ولا يملك التنفيذ على أمواله غير المرهونة ، لأنه لا يسأل عن الدين إلا فى حدود العقار المرهون ولا يستطيع الكفيل أن يطلب تجريد المدين أولا ما لم يتفق على ذلك [2].

وفى ذلك نصت المادة 1110 من القانون المدنى على أنه :

" يخول الرهن الحيازى للدائن المرتهن الحق فى حبس الشيء المرهون عن الناس كافة دون إخلال بما للغير من حقوق تم حفظها وفقا للقانون إلى حين استيفاء حقه ".

فالدائن الذى حل أجل دينه ولم يستوف حقه له الحق فى حبس المرهون عقارا أو منقولا ماديا أو معنويا ، ويظل ذلك إلى حين استيفاء دينه كاملا تطبيقا لقاعدة عدم

---

(1) يراجع : الوسيط د / السنهورى 10/ 834 وما بعدها ، التأمينات الشخصية العينية د / رمضان أبو السعود 357 ، 368 ، مجموعة أحكام محكمة النقض طعن 692 لسنة 49ق نقض مدنى جلسة 28/ 3/ 1983م .

(2) يراجع : الوسيط د / السنهورى 10/ 836 ، التأمينات العينية د / عبد الناصر العطار 105 .

تجزئة الرهن ولو كان الرهن فى يد عدل– يلتزم بحبس المرهون لحساب المرتهن، ولو خرج الرهن من حيازة الدائن دون إرادته أو علمه فله الحق فى استرداده من الغير ، لأن خروجه فى الحالة يعتبر من قبيل سرقة الضمان .

ولو كسب الغير حقا على الشيء المرهون قبل نفاذ الرهن ، فلا يحق للدائن المرتهن أن يحتج عليه بالرهن ، فحقه فى الحبس يثبت له دون إخلال بما للغير من حقوق تم حفظها وفقا للقانون [1].

– إما إذا حل أجل الدين ولم يقم المدين بالوفاء بالدين ، وكان الرهن رسميا :

فلقد أعطى القانون للدائن المرتهن سلطة التنفيذ بالحق الذى له على أموال المدين المرهونة وغير المرهونة ، ولم يعطه الحق فى الحبس للشيء المرهون ، لأن وجود الشيء المرهون رهنا رسميا يكون فى يد المدين – الراهن – .

– وطريقة التنفيذ على العقار المرهون توضحها المادة 1051 من القانون المدنى بقولها :

"1 – للدائن بعد التنبيه على المدين بالوفاء أن ينفذ بحقه على العقار المرهون ويطلب بيعه فى المواعيد وفقا للأوضاع المقررة فى قانون المرافعات .

2 – وإذا كان الراهن شخصا أخر غير المدين جاز له أن يتفادى أى إجراء موجه إليه إذا هو تخلى عن العقار المرهون وفقا للأوضاع وطبقا للأحكام التى يتبعها الحائز فى تخلية العقار " [2].

---

(1) يراجع : مجموعة الأعمال التحضيرية 7 / 230 ، التأمينات الشخصية والعينية د / محمود زكى414 وما بعدها ، التأمينات الشخصية والعينية د / سمير تناغو 386 وما بعدها .

(2) يراجع : مجموعة الأعمال التحضيرية 7 / 58 ، الوسيط د / السنهورى 10/ 414 وما بعدها ، التأمينات الشخصية والعينية د / محمود زكى 276 – 279 ، التأمينات الشخصية والعينية د / سمير تناغو 244 ، التأمينات الشخصية والعينية د / رمضان أبو السعود 368 ، التأمينات العينية د / عبد الناصر العطار 104 – 106 .

ومن خلال هذا النص يتبين ما يلى :

أ – أن الدائن المرتهن ينفذ بحقه على أموال المدين المرهونة وغيرها ما لم يستوف دينه ، ويبدأ ذلك وفقا لنص المادة السابقة بأن ينبه على المدين بالوفاء بدينه عند حلول أجله فإذا وفاه انقضى حق الرهن تبعا لإنقضاء الدين المضمون ، فإذا امتنع المدين من الوفاء ، أو تأخر بعد حلول أجل الدين جاز للدائن التنفيذ بحقه على العقار المرهون ، ولا يحتاج إلى حكم لأن حقه ثابت فى ورقة رسمية حتما ، لأن الرهن رسمى .

ب – يبدأ التنفيذ بإعلان التنبيه بنزع ملكية العقار إلى المدين ، ثم طلب بيعه بالمزاد لاستيفاء حقه من ثمنه وفقا للإجراءات والمواعيد التى نص عليها قانون المرافعات .

فيستوفى الدائن المرتهن – دينه من العقار المرهون أولا ، فإذا لم يف ثمن العقار المرهون بدينه كان له التنفيذ على أمواله غير المرهونة بصفته دائنا عاديا كسائر الدائنين ، فله أن ينفذ على عقاراته ، ومنقولاته دون أن يكون له حق التقدم فيها ، ويختار أى عقار أو منقول ينفذ عليه ويستمر فى التنفيذ حتى يستوفى حقه ، إلا أنه يتقيد فى التنفيذ بأمرين :

1 – ألا ينفذ على عقار أو عقارات تكون قيمتها أكبر بكثير من حقه .

2– ألا ينفذ على أمواله غير المرهونة إلا إذا كان العقار المرهون لا يفى بالدين[1].

---

(1) يراجع : الوسيط د / السنهورى 10/ 418 ، التأمينات الشخصية والعينية د / سمير تناغو 245 الموسوعة الذهبية د / عبد المنعم حسنى 445/4 ، طعن 288 لسنة 22 نقض مدنى جلسة 1956/3/8 س11 ص 301 .

لقد وضع القانون الوضعى ضوابط يجب مراعاتها عند استيفاء الدائن المرتهن لدينه من المرهون إذا امتنع المدين من الوفاء ، ولم يزل المرهون عن ملك الراهن :

فالمرهون إما أن يكون منقولا أو عقارا :

1 – فإذا كان المرهون عقارا سواء كان مرهونا رهنا رسميا أو حيازيا :

فإن الدائن المرتهن يستوفى حقه وفقا للإجراءات القانونية ويطلب بيعه فى المواعيد ووفقا للأوضاع المقررة فى قانون المرافعات ، ويتقدم فى استيفاء دينه من ثمن العقار بحسب مرتبته وله حق التتبع فى أى يد يكون ، مع مراعاة التنفيذ بالقدر الذى يفى بالدين ، وتنتهى هذه الإجراءات إلى بيع العقار المرهون جبرا عن الراهن فى المزاد العلنى ، ويستوفى الدائن المرتهن دينه من ثمن هذا العقار وكل اتفاق على غير ذلك يكون باطلا لمخالفته للنظام العـام[1] .

إلا أنه قد يهلك هذا العقار قبل بيعه بالمزاد فينتقل حق الدائن إلى قيمة هذا العقار كمبلغ تعويض فى حالة تعدى الغير على العقار المرهون أو مبلغ تأمين ، أو مبلغ مقابل نزع الملكية للمنفعة العامة (مادة 1049 مدنى) .

وتنص المادة 1056 على أنه : " يستوفى الدائنون المرتهنون حقوقهم قبل الدائنين العادين من ثمن العقار أو من المال الذى حل محل هذا العقار بحسب مرتبة كل منهم ولو كانوا قد أجروا القيد فى يوم واحد – والمادة 1057 تقول : تحسب مرتبة الرهن من وقت قيـــده.

وهذه الإجراءات التى وضعها المشرع الوضعى لضمان حق كل من الدائن المرتهن والمدين – الراهن – إذ يخشى أن يكون الدائن قد استغل حاجة المدين ، فالإخلال بشيء منها يكون باطلا .

---

(1) يراجع : مجموعة الأعمال التحضيرية 7 / 54 ، 81 ، 82 ، التأمنيات العينية د / عبد الناصر العطار 110 – 112 ، التأمينات الشخصية والعينية د / محمود زكى 281 ، التأمينات الشخصية د / سمير تناغو 136 ، 248 .

فلذلك لا يجوز للدائن المرتهن رهنا رسميا أو حيازيا أن يستوفى حقه عند امتناع المدين من الوفاء ، من العقار المرهون أو من غيره إلا وفقا للإجراءات القانونية المنصوص عليها وفى ذلك تنص المادة 1052 من القانون المدنى على أنه :

1 - يقع باطلا كل اتفاق يكفل للدائن الحق عند عدم استيفاء الدين وقت حلول أجله فى أن يتملك العقار المرهون نظير ثمن معلوم أيا كان ، أو أن يبيعه دون مراعاة للإجراءات التى فرضها القانون ولو كان أبرم هذا الاتفاق بعد الرهن .

2 - ولكن يجوز بعد حلول الدين أو قسط منه الاتفاق على أن يتنازل المدين لدائنه عن العقار المرهون وفاء لدينه " .

فمن خلال هذا النص يتضح أن المشرع الوضعى قد أبطل شرطين هما :

1 - **شرط تملك العقار المرهون عند عدم الوفاء بالدين .**

2 - شرط البيع دون إجراءات وفيما يلى توضيح لهذين الشرطين بشيء من التفصيل.

أولا : شرط تملك العقار المرهون عند عدم الوفاء بالدين :

إذا اتفق الدائن - المرتهن - مع المدين - الراهن قبل حلول الدين عند التعاقد أو بعده على أنه عند حلول أجل الدين وعدم الوفاء به يكون للدائن المرتهن الحق فى أن يتملك العقار المرهون بثمن هو الدين المستحق وهذا هو الغالب ، أو بأي ثمن أخر أكبر أو أقل من الدين المستحق .

فإن هذا الاتفاق يكون باطلا بطلانا مطلقا لمخالفته للنظام العام [1]، لاحتمال أن يكون قد تم تحت سيطرة واستغلال المرتهن للراهن، وللراهن أن يتنازل عن طلب البطلان ، وللمحكمة أن تقضى به من تلقاء نفسها ولو لم يطلبه الراهن ، ولكل ذى مصلحة التمسك به.

---

(1) النظام العام هو : الأساس السياسي والاقتصادي والاجتماعي والخلقى الذى يقوم عليه كيان المجتمع فى الدولة كما ترسمه القوانين المطبقة فيها . يراجع : المدخل لدراسة العلوم القانونية (نظرية القانون) . د / إسماعيل عبد النبى شاهين 132 - 136 ط 1986م .

فمثل هذا الشرط يكون باطلا ، لأن موقف الراهن ضعيفا ، ويستطيع الدائن المرتهن أن يفرض عليه هذا الشرط ، وكثيرا ما يعتقد الراهن أنه سيوفى الدين عند حلول أجله ، ونظرا لضعف مركزه يقبل الشرط .

وقد أراد المشرع الوضعى حماية الراهن من هذا الإستغلال المخالف للنظام العام فنص على بطلان هذا الشرط ويبقى الرهن صحيحا ما لم يمس هذا الشرط عقد الرهن .

فإذا أثبت الدائن المرتهن أن هذا الاتفاق كان هو الدافع إلى إبرام عقد الرهن فيبطل الرهن ببطلان هذا الشرط [1].

أما إذا اتفق الدائن المرتهن مع المدين – الراهن – بعد حلول الدين كله أو بعضه على أن ينزل المدين – الراهن – عن المرهون للدائن المرتهن فى نظير الدين ، فإن هذا جائز ويكون وفاء بمقابل ، أو يتفق على أن يبيع له المال بثمنه أيا كان أكبر أو مساو أو أقل من الدين .

حيث إن الراهن فى مثل هذه الحالة لا يكون تحت تأثير ضغط الحاجة ، فقد استحق الدين ويستطيع أن يمتنع عن هذا الاتفاق مع الدائن إن شاء ويطلب بيع المال المرهون طبقا لإجراءات القانون .

إلا أنه قد يكون له مصلحة فى ذلك لتجنب مصاريف بيع العقار بالمزاد ، لذا أجازه المشرع الوضعى بعد حلول أجل الدين أو قسط منه [2].

---

(1) الوسيط د / السنهورى 10/ 415، 839 ، التأمينات العينية د / عبد الناصر العطار 106 . التأمينات الشخصية والعينية د / رمضان أبو السعود 370 – 372 ، التأمينات الشخصية والعينية د / محمود زكى 276 – 278 ، التأمينات الشخصية والعينية د / سمير تناغو 245 ، مجموعة أحكام محكمة النقض طعن 1344 لسنة 48 ق نقض مدنى جلسة 4/15/ 1982م.

(2) يراجع : الوسيط د / السنهورى 421/10 ، 840 ، التأمينات العينية د / عبد الناصر العطار 108 التأمينات الشخصية والعينية د / محمود زكى 277 ، التأمينات الشخصية والعينية د / سمير تناغو 246 مجموعة أحكام محكمة النقض طعن 1344 لسنة 48 ق نقض مدنى جلسة1982/4/15م .

ثانيا : شرط بيع المرهون دون إجراءات :

وهو ما يسمى عادة بشرط الطريق الممهد، وقد يقصد به المرتهن تجنب إجراءات التنفيذ على العقار المرهون .

وصورة هذا الشرط : أن يتفق الدائن المرتهن مع المدين الراهن على أنه عند حلول أجل الدين وعدم الوفاء به ، يجوز بيع المال المرهون بالممارسة [1]، أو بأى طريقة كانت دون إتباع الإجراءات التى فرضها قانون المرافعات فى البيوع الجبرية .

فإن هذا الشرط باطل ، لاستغلال الدائن المرتهن لضعف مركز الراهن ، فيفرض عليه هذا الشرط ، ويحرمه من الحماية التى كفلها له القانون فى فرض إجراءات معينة فى بيع المال المرهون بيعا جبريا ، وما تتضمنه هذه الإجراءات من أحكام تؤدى عادة إلى بيع المال المرهون بأكبر قيمة ممكنة .

فكل اتفاق بين الراهن والمرتهن يتم على أساس بيع المال المرهون عند حلول أجل الدين وعدم الوفاء به دون اتباع الإجراءات التى فرضها القانون فى البيوع الجبرية ، سواء عقد هذا الاتفاق مع عقد الرهن أو بعده ، فيكون باطلا لمخالفته للنظام العام ، ويبطل الشرط وحده ما لم يكن هو الدافع إلى التعاقد فيبطل الشرط والرهن معا [2].

وبعد حلول أجل الدين يصح هذا الاتفاق لانتفاء مظنة استغلال الراهن ، وإن كان القانون المدنى فى مادته 1052 لم تصرح بذلك ، كما نصت على جواز الإتفاق على تملك المرهون عند عدم الوفاء ، ولكن يمكن قياس الحالة الأولى على الثانية والقول بصحة الإتفاق فى الحالتين .

---

(1) الممارسة هى : عملية البيع أو الشراء بدون مزايدة ولا مناقصة . يراجع : المعجم الوسيط901 .

(2) يراجع : مجموعة الأعمال التحضيرية 7/ 62 ، الوسيط د / السنهورى 10/ 840، 841، التأمينات الشخصية والعينية د / رمضان أبو السعود 373 ، 374 ، التأمينات الشخصية والعينية د / محمود زكى 278 .

وأيضا المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى صرحت بجوازه بعد إستحقاق الدين أو قسط منه ، لأن البيع دون إجراءات يؤدى إلى تملك العقار المرهون ، ففى الأول يعتبر التملك وفاء بمقابل ، وفى الثانى – البيع دون إجراءات – يتضمن وكالة بالبيع صادرة من الراهن لصالح المرتهن عند عدم الوفاء بالدين [1].

إن الرهن كما قلنا من خصائصه أنه حقا عينيا تبعيا حيث يخول الدائن المرتهن سلطة التنفيذ على العقار استيفاءاً لحقه المضمون بالرهن ، وتمارس هذه السلطة فى مواجهة الراهن سواء كان هو المدين ، أو شخصا آخر قدم عقاره ضمانا لدين المدين – أى كفيلا عينيا فحق الدائن المرتهن متعلق بالعقار المرهون ، فإذا ما كان فى ملك الراهن فالدائن المرتهن يباشر سلطة التنفيذ عليه فى مواجهته وليس فى حاجة إلى تتبعه .

أما إذا خرج العقار المرهون عن حيازة الراهن إلى حيازة الغير فالمرتهن يتبعه فى أي يد يكون [2]، وهذا ما نص عليه المشرع الوضعى فى المادة 1030 من القانون المدنى ، ثم جاءت المادة 1060 مدنى لتفصل مضمون حق التتبع بقولها :

"1 – يجوز للدائن المرتهن عند حلول أجل الدين أن ينزع ملكية العقار المرهون فى يد الحائز لهذا العقار ، إلا إذا اختار الحائز أن يقضى الدين أو يظهر العقار من الرهن أو يتخلى عنه .

2 – يعتبر حائزا للعقار المرهون كل من انتقلت إليه بأي سبب من الأسباب ملكية هذا العقار أو أى حق عينى آخر عليه قابل للرهن دون أن يكون مسئولا مسئولية شخصية عن الدين المضمون بالرهن " [1].

---

(1) يراجع: مجموعة الأعمال التحضيرية 7 / 62 ، الوسيط د / السنهورى 10/ 424 وما بعدها التأمينات الشخصية والعينية د / سمير تناغو 245 ، 246 ، التأمينات الشخصية والعينية د / محمود زكى 278 ، التأمنيات الشخصية والعينية د / رمضان أبو السعود 373 ، 374 .

(2) يراجع: مجموعة الأعمال التحضيرية 7 / 93 ، التأمينات العينية د / عبد الناصر العطار 121 الوسيط د / السنهورى 10 / 521 ، التأمينات الشخصية والعينية د / رمضان أبو السعود 462 التأمينات الشخصية والعينية د / محمود زكى 295 ، التأمينات الشخصية والعينية د / سمير تناغو 264 – 265 .

من خلال هذا النص يتضح أنه لا مجال لميزة التتبع طالما أن العقار المرهون موجود فى ملكية الراهن ، حيث بإمكان المرتهن التنفيذ عليه بما له من حق الضمان العام على كافة أمواله ، ولكن قد يحدث أن يتصرف الراهن فى العقار ويخرج عن ملكه إلى غيره ، كمشتر للعقار ، فلا يستطيع الدائن أن ينفذ على العقار فى مواجهة المدين ، لأنه لم يعد مملوكا له ولما كان المتصرف إليه ليس مسئولا شخصيا عن الدين ، فلا يتمتع الدائن قبله بحق الضمان العام ، ولا يتسنى له أن ينفذ على هذا العقار فى مواجهة المتصرف إليه حائزه إلا باستعمال ما يخوله حق الرهن من ميزة التتبع [2] .

فالدائن المرتهن الذى يباشر التتبع يجب أن يكون دينه قد حل ، وأن يكون الرهن تم قيده قبل تسجيل سند الحائز .

والحائز هو : كل من انتقلت إليه ملكية العقار المرهون بأى سبب من الأسباب ، أو جزء منه أو حق عينى عليه جائز رهنه وقابل للبيع بالمزاد العلنى ، دون أن يكون مسئولا مسئولية شخصية عن الدين المضمون بالرهن ، وتنتقل إليه الملكية للعقار مثقلة بالرهن .

ويستطيع الدائن أن يتتبعه وينفذ عليه فيتحمل الحائز إجراءات نزع الملكية إلا إذا لختار دفع الدين أو تطهير العقار أو تخلى عن المرهون .

---

(1) يراجع : التأمينات الشخصية والعينية د / محمود زكى 286 ، التأمينات الشخصية والعينية د / سمير تناغو 264 ، الموسوعة الذهبية د / عبد المنعم حسنى 445/4 طعن 288 لسنة 22 جلسة 8/3/ 1956 س7 ص301 طعن 1149 لسنة 49 ق جلسة 1986/11/28م .

(2) يراجع : الوسيط د / السنهورى 10/ 522 – 524 ، التأمينات العينية د عبد الناصر العطار 121 – 123 . 248 . التأمينات الشخصية والعينية د / رمضان أبو السعود 463 – 472 ، التأمينات الشخصية د/ سمير تناغو 272 . قواعد التنفيذ الجبرى د / عزمى عبد الفتاح 569 – 570 مجموعة أحكام محكمة النقض طعن 1496 لسنة 57 ق نقض مدنى جلسة 31/5/ 1992. طعن 75 لسنة 40 ق جلسة 1983/11/24م .

ولا يعد حائزا من انتقل إليه حق عينى تبعى أو أصلى لا يجوز بيعه كحق ارتفاق أو رهن حيازة بل تتخذ الإجراءات فى مواجهة الراهن ، فالمالك الجديد للشيء المرهون رهن حيازة لا يعتبر حائزا ، وليس له أن يطهر العقار ولا أن يتخلى عنه كما هو الحال فى العقار المرهون رسميا ، وليس له إلا دفع الدين أو تحمل إجراءات التنفيذ على المرهون .

وكذلك لا يعتبر حائزا المستأجر ، لأنه لم ينتقل إليه الملكية ، وواضع اليد ، ما لم يكسب الملكية بالتقادم وأن يكون الحائز غير مسئول عن الدين كالمدين المتضامن والكفيل الشخصى والكفيل العينى ، ولـــه التخلية ، لأنه غير مسئول عن الدين إلا فى حدود العقار المرهون وكذلك الوارث ليس بحائز .

ومن انتقلت إليه الملكية مطهرة من كل رهن ، كنزع الملكية للمنفعة العامة ، فليس للمرتهن تتبعه فى يد الحكومة ، وإنما ينصب حقه على التعويض .

فإذا ما كنا بصدد حائز للعقار غير المدين الراهن فالدائن له تتبعه والتنفيذ عليه وهذا التنفيذ يخضع لإجراءات معينة الغرض منها مراعاة وجود الحائز الذى يمنحه القانون بعض الحقوق فى مواجهة الدائن المرتهن .

وفى ذلك تنص المادة 1072 من القانون المدنى على أنه :

[إذا لم يختر الحائز سداد بعض الديون المقيدة أو يطهر العقار من الرهن أو يتخلى عن هذا العقار فلا يجوز للدائن المرتهن أن يتخذ فى مواجهته إجراءات نزع الملكية وفقا لأحكام قانون المرافعات إلا بعد إنذاره بدفع الدين المستحق أو تخلية العقار ، ويكون الإنذار بعد التنبيه على المدين بنزع الملكية أو مع هذا التنبيه فى وقت واحد] .

ومن خلال هذا النص يتبين أن المشرع الوضعى أوجب على الدائن إتخاذ إجراءين:

أحدهما : التنبيه على المدين بالوفاء بالدين ، ويسمى هذا التنبيه بالتنبيه بنزع ملكية العقار ، لأن المدين هو المسئول الأول والأخير عن الدين ، ويجب إخطاره بالشروع فى التنفيذ ويعلن هذا التنبيه إلى المدين لشخصه أو فى موطنه ، ويقصد المشرع الوضعى من هذا التنبيه إعذاره بالوفاء وإلا فلسوف يسجل التنبيه ويباع العقار جبرا ويرجع الحائز على المدين بعد ذلك [1].

الثانى : إنذار الحائز بدفع الدين المستحق إنذارا رسميا تاليا للتنبيه على المدين أو معه أو ورقة واحدة من صورتين ، أحداهما للمدين والأخرى للحائز ، ويسجل إنذار الحائز ، أو تخليه عن العقار المرهون ، وإلا جرى التنفيذ فى مواجهته ، ولو تعدد الحائزون فيكفى إنذار الأخير منهم وقضت محكمة النقض أنه إذا تخلف ذلك أدى إلى بطلان إجراءات نزع الملكية [2].

إلا أن الحائز يمكنه أن يتفادى التنفيذ على العقار وبيعه بالمزاد بما هيأه المشرع الوضعى له من خيارات يستطع أن يحدد موقفه وفقا لها :

1 – قضاء الدين هو وملحقاته من فوائد ومصاريف ويصبح العقار خالصا من الرهن .

2 – تطهير العقار: أى يعرض الحائز مبلغا يمثل قيمة العقار المرهون ليصبح العقار خالصا من الرهن ويقع حق الدائن على ثمنه .

---

(1) يراجع : مجموعة الأعمال التحضيرية 7 / 124 ، الوسيط د / السنهورى 10/ 525 ، التأمينات العينية د / عبد الناصر العطار 125 ، 126 ، التأمينات الشخصية والعينية د / رمضان أبو السعود 473 وما بعدها .

(2) التأمينات الشخصية والعينية د / محمود زكى 292 ، مجموعة أحكام محكمة النقض طعن 1496 سنة 57 ق نقض مدنى جلسة 31/5/ 1992م .

3 – تخلية العقار المرهون أى تركه لأمين أو حارس تعينه المحكمة تتخذ فى مواجهته إجراءات نزع الملكية ، ويبقى للحائز الحيازة القانونية وإنما ترفع عنه اليد العارضة .

والتخلية رخصة للحائز إذا لم ير فى قضاء الدين أو التطهير نفعا له ، فهو يقدر أن مصلحته فى نزع الملكية ويريد ألا يظهر اسمه فى إجراءات نزع الملكية حتى لا تمس سمعته المالية والائتمانية [1].

فإن أبى الحائز ولم يختر دفع الدين أو تطهير العقار ، أو تخلية العقار ، فلا مناص من اتخاذ إجراءات التنفيذ قبله إعمالا لحق الدائن فى التتبع .

وهذه الإجراءات بدءا من وضع العقار تحت يد القضاء ، وإعداد العقار ، والتمهيد للبيع ، ثم البيع [2] تؤدى إلى بيع العقار بالمزاد العلنى جبرا عن المدين – الراهن – وفى ذلك تمليك للمرتهن لدينه من ثمن المرهون جبراً عن راهنه .

2 – أما إذا كان المرهون منقولاً :

فالأصل أن دعوى الرهن لا تخول للمرتهن سوى إتخاذ إجراءات التنفيذ على المال المرهون وفقا لقانون المرافعات ، لاستيفاء حقه من ثمنه ، إلا أن المشرع الوضعى أجاز استثناءا فى رهن المنقول للدائن المرتهن عند عدم الوفاء بحقه وقت حلول الأجل أن يطلب من القاضى الترخيص له فى بيع المرهون بالمزاد العلنى أو بسعره فى السوق .

ولعل الحكمة فى ذلك هى: التيسير على المرتهن وتجنبه إجراءات البيع الجبرى، وفيه فائدة للراهن أيضا وهى : تفادى نفقات التنفيذ الجبرى .

---

(1) يراجع : التأمينات العينية د/ عبد الناصر العطار 127 – 147 . التأمينات الشخصية والعينية د/ سمير تناغو 275 – 307 ، التأمينات الشخصية والعينية د / رمضان أبو السعود 475 – 539 .

(2) يراجع : قواعد التنفيذ الجبرى د/ عزمى عبد الفتاح 563 – 682 ، الوجيز فى التنفيذ الجبرى د/ عبد الحكم شرف 447 – 482 .

بل أجاز المشرع الوضعي أيضا للمرتهن أن يطلب من القاضي أن يأمر بتمليكه إياه وفاء للدين على أن يحسب بثمنه أو بقيمته حسب تقدير الخبراء .

ولا يعتبر هذا مخالفا لقاعدة بطلان الاتفاق على أن يتملك المرتهن رهنا رسميا أو حيازيا الشيء المرهون عند عدم الوفاء بالدين كما نصت على ذلك " المادة 1052 مدني " .

لأن المقصود بالبطلان الإتفاق على ذلك وقت إنشاء الرهن أما عند حلول الأجل فالاتفاق صحيح وإذن القاضي يقوم مقام الاتفاق [1].

وفي ذلك تنص " المادة 1121 من القانون المدني بقولها " :

1 – يجوز للدائن المرتهن إذا لم يستوف حقه أن يطلب من القاضي الترخيص له في بيع الشيء المرهون بالمزاد العلني أو بسعره في البورصة أو السوق .

2 – ويجوز له أيضا أن يطلب من القاضي أن يأمر بتمليكه الشيء وفاءاً للدين على أن يحسب عليه بقيمته بحسب تقدير الخبراء " .

فالدين المضمون بالرهن إذا حل أجله ، والدائن المرتهن لم يستوف حقه فإنه يسعى لاستيفاء هذا الدين ، ولو يبيع المنقول المرهون رهناً حيازياً جبراً عن الراهن دون رضاه فأجاز له المشرع الوضعي أن يطلب من القاضي التـ خيص له في تملك المرهون المنقول دون رضا الراهن وفاءا لدينه ، وبحسب تقدير الخبراء وقت البيع ، وهذا هو شرط التملك عند عدم الوفاء في صورته المحللة حيث يجوز بعد حلول أجل الدين بشرط رضا الراهن في العقار أما في المنقول فلا يشترط الرضا من الراهن بل يكفي الترخيص لــه أو الإذن في التمليك حيث يقوم الإذن مقام الرضا .

كما أباح المشرع الوضعي للمرتهن أن يطلب من القاضي الترخيص لــه في البيع بالمزاد أو بسعره في البورصة أو في السوق ، وهذه الإجراءات تختلف عن

---

(1) يراجع : التأمينات الشخصية والعينية د / محمود زكي 424 – 425 ، التأمينات الشخصية والعينية د/ سمير تناغو 398 – 399 .

إجراءات التنفيذ الجبرى على العقار ، وهذا الحكم قصد به التيسير على الدائن المرتهن فى استيفاء حقه دون إتخاذ إجراءات أو صرف نفقات التنفيذ الجبرى المنصوص عليها فى قانون المرافعات .

وبذلك يتملك الدائن المرتهن المنقول المرهون عند عدم الوفاء بأمر القاضى وبدون رضا الراهن [1].

---

(1) يراجع / مجموعة الأعمال التحضيرية 7 / 262 ، الوسيط د / السنهورى 10 / 899 وما بعدها التأمينات العينية د / عبد الناصر العطار 243 ، 244 ، التأمينات الشخصية والعينية د/ محمود جمال الدين زكى 424 – 425 .

الفرع الثالث

الموازنة بين موقف الفقه الإسلامى والقانون الوضعى
من كيفية تملك المرتهن لحقه من المرهون أو من ثمنه جبرا عن الراهن

بعد بيان موقف الفقه الإسلامى والقانون الوضعى من كيفية تملك المرتهن لحقه من المرهون أو من ثمنه جبرا عن الراهن وضوابط الاستيفاء يتضح لى ما يأتى :

1 – لقد وافق القانون الوضعى ما ذهب إليه الفقه الإسلامى من ضرورة الوفاء بالدين كله حتى ينفك الرهن ويعود إلى راهنه ، فإذا ما قضى بعض الدين فلا ينفك الرهن حتى يوفى الدين كله ، وإذا اتفق الراهن والمرتهن على أنه يفك من الرهن بقدر ما أدى فأجاز ذلك القانون الوضعى وهو فى هذا وافق بعض الإمامية والإباضية إذا كان الرهن يقبل التجزئة بدون ضرر .

2 – وافق القانون الوضعى ما ذهب إليه الفقه الإسلامى من حبس المرهون والتنفيذ للمرتهن بحقه على المرهون .

3 – لقد اتفق القانون الوضعى مع الفقه الإسلامى فى أن للمرتهن الحق فى التنفيذ على المرهون بحقه سواء كان بالاتفاق مع الراهن أو بالرفع إلى القاضى .

فلو شرط التملك عند عدم الوفاء أو البيع عند الأجل فالشرط فاسد عند الفقه الإسلامى لقولــه – صلى الله عليه وسلم – (لا يغلق الرهن ...) وكذلك عند الفقه القانونى لو شرط التملك أو البيع دون إجراءات فيقع باطل إذا تم قبل حلول أجل الدين .

ولو أذن الراهن للمرتهن فى البيع بعد حلول أجل الدين جاز ذلك عند الفقه الإسلامى.

4 – وافق الفقه القانونى ما ذهب إليه الفقهاء المسلمين حيث أجازوا بعد حلول الدين أن يتملك المرهون أو أن يبيع دون إجراءات إذا اتفق الراهن والمرتهن على ذلك .

وإذا لم يأذن فى البيع للمرتهن فإن القاضى يبيع جبرا عنه للوفاء بدينه عند الفقه الإسلامى والقانون الوضعى أجاز للدائن أن يطلب من القاضى الترخيص له فى البيع أو التملك إذا كان منقولا ، لأن الترخيص أو الإذن يقوم مقام الرضا من الراهن كما أن القاضى يقوم مقام المدين فى الوفاء بالدين ببيع ماله جبرا عنه .

وبهذا وافق الفقه القانونى ما ذهب إليه الفقه الإسلامى من أن إذن القاضى للمرتهن يقوم مقام رضا الراهن إلا أن القانونيين منعوا بيع العقار إلا بواسطة القضاء ما لم يتفق الراهن والمرتهن على ذلك ، لأن العقار يحتاج إلى إجراءات معينة ، ولقد نظم القانون الوضعى بعض الإجراءات الخاصة ببيع المرهون بهدف أن يصل بثمنه إلى أقصى حد ممكن فلذلك كان موقف القانون الوضعى موافقا لما ذهب إليه الفقه الإسلامى من كيفية تملك المرتهن لحقه من المرهون أو من ثمنه جبرا عن الراهن ، وأن الرهن لا ينفك إلا بالوفاء بالدين أو البيع للمرهون [1].

---

(1) يراجع : التأمينات العينية د / عبد الناصر العطار 259 .

المبحث الثالث
بيع الأشياء المحتكرة جبرا على محتكريها

وفيه مطلبان :

المطلب الأول : تعريف الإحتكار وبيان حكمه .

المطلب الثانى : شروط الإحتكار وتملك الأشياء المحتكرة جبراً على محتكريها .

المطلب الأول
تعريف الإحتكار وبيان حكمه

وفيه ثلاثة فروع :

الفرع الأول : تعريف الإحتكار وبيان حكمه فى الفقه الإسلامى .

الفرع الثانى : تعريف الإلحتكار وبيان حكمه فى القانون الوضعى .

الفرع الثالث : الموازنة بين موقف الفقه الإسلامى والقانون الوضعى من تعريف الإحتكار وبيان حكمه .

الفرع الأول
تعريف الإحتكار وبيان حكمه فى الفقه الإسلامى

أولا : تعريف الإحتكار :

الإحتكار لغة : مصدر من احتكرت الشيء إذا جمعته وحبسته ، وصاحبه محتكر والحكر : الظلم . ويقال : حكر يحكره حكراً : أى ظلمه وأساء معاشرته ، وحكره حكراً : ظلمه وتنقصه وأساء معاشرته ، فهو حكرا ، والسلع : جمعها لينفرد بالتصرف فيها وحاكره : خاصمه .

والجكر: كل ما احتكر ، والحكرة: الإحتكار: واحتكر السلعة: حكرها ، واحتكر: احتبس إنتظار الغلاء ، وأصل الحكرة : الجمع والإمساك . وإحتكار الطعام: جمعه وحبسه يتربص به الغلاء [1] .

الإحتكار شرعا :

يكاد يكون تعريف الإحتكار شرعا هو نفس تعريفه اللغوى ومع ذلك لم يتفق الفقهاء على تعريف واحد للإحتكار ، وسبب ذلك يرجع إلى إختلافهم فى شروطه والأحكام المتعلقة به، وإن كانت تعاريفهم له متقاربة فى اللفظ والمعنى .

فعرفه الأحناف بأنه : حبس الأقوات متربصا للغلاء [2].

وقيل : اشتراء الطعام ونحوه وحبسه إلى الغلاء أو يمتنع من بيعه [3].

وعرفه المالكية بأنه : الإدخار [4] للبيع وطلب الربح بتقلب الأسواق [5].

وعرفه الشافعية بأنه : إمساك ما اشتراه وقت الغلاء ليبيعه بأكثر مما اشتراه أو يتحكم فى رفع السعر لقلة المعروض أو انعدامه [6].

---

(1) يراجع : القاموس المحيط لمجد الدين محمد بن يعقوب الفيروزآبادى 2 / 13 ، فصل الحاء باب الراء مختار الصحاح 86 ، تهذيب الأسماء واللغات 3 / 65 ، المصباح المنير 90 ، المعجم الوسيط 211

(2) يراجع : شرح العناية على الهداية للبابرتى بهامش تكملة شرح فتح القدير 10/ 58 ، حاشية رد المحتار على الدر المختار لابن عابدين 5/ 278 ، بدائع الصنائع للكاسانى 5 / 192 .

(3) يراجع : الفتاوى الهندية لأبى المظفر محى الدين محمد أورنك 3/ 213 ط : دار إحياء التراث العربى .

(4) الإدخار : الإحتفاظ بجزء من الدخل للمستقبل ، يقال : دخر الشيء ، وذخره ذخرا : جمعه ، وحفظه لوقت الحاجة إليه . فما يدخره الإنسان من قوت وما يحتاج إليه من سمن وعسل وغيره جائز لا بأس به . يراجع : المصباح المنير 126 ، المعجم الوسيط 298 ، المنتقى للباجى 5 / 15 تكملة المجموع للمطيعى 13/ 46 .

(5) يرلجع : المنتقى شرح موطأ مالك لأبى الوليد الباجى 15/5 ط : دار الكتاب العربى – بيروت.

(6) يراجع : تحفة المحتاج وحاشية الشروانى 4/ 317 ط : دار الفكر ، تكملة المجموع الثانية للشيخ محمد المطيعى 13/ 46 ، مغنى المحتاج 2/ 52 .

وقال الإمام الغزالى [1] هو أن : " يدخر الطعام ينتظر به الغلاء " [2].

وعرفه الحنابلة بأنه : ما يشتريه من القوت للتجارة ويحبسه ليقل فيغلو [3].

وعرفه الظاهرية فقالوا : الإحتكار : شراء ما يضر بالناس أو إمساكه فى وقت حاجتهم[2] .

وعند الزيدية : أن يأخذ الطعام فيحبسه ليقل ويغلو [4].

وقال الإمام الشوكانى [4] الاحتكار : " حبس السلع عن البيع " [5].

وعرفه الإمامية بأنه : حبس الطعام أو الأقوات يتربص به الغلاء ، وقيل : اشتراء الطعام فى وقت الغلاء ولا يبيعه فى الحال بل يدخره ليغلو ثمنه [6] .

---

(1) الغزالى هو : أبو حامد محمد بن محمد بن أحمد الطوسى الشافعى الغزالى حجة الإسلام وأعجوبة الزمان ، ولد سنة 450 هـ ، كان والده يغزل الصوف ويبيعه فى بلده ، جمع أشتات العلوم ، تفقه فى بلده، ورحل إلى نيسابور ، وبرع فى الفقه والكلام والجدل ، لازم إمام الحرمين الجوينى ، أخذ عن أحمد الرازكانى ، وإبى نصر الإسماعيلى ، وتتلمذ على يديه خلق كثير، صاحب التصانيف والذكاء والمفرط ألف كتبا كثيرة منها : إحياء علوم الدين ، والوجيز ، والوسيط ، والخلاصة ، والمنخول . وغيرهم كثير ، توفى سنة 505 هـ بطوس – " رحمه الله تعالى".

يراجع : سير أعلام النبلاء 19/ 322 وما بعدها رقم 204 ، البداية والنهاية 12/ 173 وما بعدها.

(2) يراجع : إحياء علوم الدين 2 / 113 ط : دار المنار – مكتبة فياض .

(3) يراجع : الإنصاف 4 / 338 ط : دار إحياء التراث العربى ، كشاف القناع 3 / 187 .

(4) يراجع : المحلى لابن حزم الظاهرى 7/ 572 مسألة رقم 1568 ط : دار الفكر .

(5) يراجع : البحر الزخار 4 / 319 ، الروض النضير 3/ 307 ، سبل السلام 3 / 48 .

(6) الشوكانى هو : محمد بن على بن محمد الشوكانى الصنعانى ولد عام 1172 هـ فى بلدة هجرة شوكان وهى قريبة من صنعاء ، نشأ بصنعاء وتفرغ لطلب العلم ، وتفقه على يد والده ، وعبد الرحمن بن قاسم المدائنى وأحمد بن محمد الحرازي ، وغيرهم . وأخذ عنه العلم ابنه على وحسين الأنصارى اليمانى ، والإمام محمد الحازمى ، وغيرهم ، وتفقه على مذهب الإمام زيد بن على وبرع فيه . وله تصانيف كثيرة فى فنون عديدة ، منها : السيل الجرار ، ونيل الأوطار ، وأدب الطلب وغيرهم . وتوفى " رحمه الله تعالى " سنة 1250 هـ .

يراجع : الأعلام لخير الدين الزركلى 6 / 298 .

وعرفه الإباضية بأنه : شراء مقيم اشترى من سوق أو غيره بالدنانير أو غيرها ينتظر به الغلاء [1].

نظرة فى تعاريف الإحتكار عند الفقهاء :

بالنظر فى التعاريف المتقدمة للإحتكار لوحظ ما يلى :

1 – أكثر هذه التعاريف حصرت الإحتكار فى مجال الأقوات فقط .

2 – لقد أظهرت هذه التعاريف وبينت أن الإحتكار حبس السلعة لانتظار الغلاء فلذا: إمساك السلعة بغير قصد الغلاء لا يعد احتكارا .

3 – هذه التعاريف حصرت الإحتكار فى الشراء وقت الأزمات ووقت غلو الأسعار أما الشراء فى غير هذا الوقت – أى فى وقت الرخاء – ليس بإحتكار .

4 – هذه التعاريف وإن كانت تدل على مفهوم الإحتكار فى العصور السابقة حيث كان الغالب أنه يجرى فى الطعام أو الأقوات نظرا لقلة وبساطة تكاليف الحياة ومتطلبات المعيشة فى تلك العصور .

إلا أنها قد لا تفى بالغرض من مفهوم الإحتكار فى العصر الحديث – الحاضر – حيث اتسع مفهومه وأصبح له طرقا متشعبة ومترامية الأطراف .

فنحن نعيش فى زمن أو عصر أوحت الشياطين فيه إلى أوليائها زخرفا من الأقوال والأفعال ، حيث امتد تيار الإحتكار ليهيمن على شتى مجالات الحياة بما فيها من أقوات وأعمال ومنافع وخدمات ، فنظرا للتطورات والتغيرات التى طرأت على الإحتكار فى هذا العصر ، فلقد عرفه بعض الأساتذة المعاصرين بأنه : إنفراد شخص أو هيئة بإنتاج أو بيع سلعة معينة ليس لها بديل ، أو هو السيطرة على عرض وطلب السلعة بقصد تحقيق أقصى قدر من الربح [2].

---

(1) يراجع : السيل الجرار المتدفق على حدائق الأزهار 3/ 79 ، نيل الأوطار 5 / 262 .

(2) يراجع : رياض المسائل فى بيان الأحكام بالدلائل للطباطبائى 101/5 ، ط دار الهادى – بيروت الروضة الندية 2 / 103 ط : مكتبة دار التراث ، المختصر النافع للحلى 120 ط : دار الكتاب العربى – مصر .

وعرفه آخرون بأنه : حبس ما يحتاج إليه من مال أو منفعة أو عمل والإمتناع عن بيعه وبذله حتى يلغو سعره غلاءا فاحشا غير معتاد بسبب قلته أو إنعدام وجوده مع حاجة الإنسان أو الحيوان أو الدولة إليه [1].

ويستفاد من التعاريف السابقة للإحتكار ما يلى :

أ – أن حبس كل ما يحتاج إليه الناس مطلقا سواء أكان ذلك لأنفسهم أو لدوابهم أو لزراعتهم من طعام أو غيره ، ويكون فى منعه منهم إضرارا بهم وهو ليس فى حاجة إليه فإن هذا يعد إحتكارا .

فلذا يشمل الاحتكار الأغذية ، والثياب ، والمنافع للدور والأراضى ، والأدوية ، ومواد الإنتاج الزراعى والصناعى، كالأسمدة والمحاريث، وكذا خبرات العمال وأهل الحرف والمهن والصناعات ، إذا كان يحتاج إلى مثل تلك السلع والمنافع والخدمات والمحاصيل الزراعية والمنسوجات والأسلحة وما أشبه ذلك ، إذا بلغت حاجة الناس والبلاد إلى ذلك حماية لأنفسهم وأوطانهم .

ب – لو احتسبت شركة أو هيئة أو مؤسسة سلعة معينة وامتنعت عن بيعها للناس فإنها تكون محتكرة .

ج – لم تفرق التعاريف بين ما إذا كانت الأموال المحتكرة مجلوبة [1] – أى مستوردة من الخارج ، أو موجودة فى المدينة وحبست ، أو كانت مستغلة من الأرض مادامت فائضة عن قوت الإنسان وما يعوله .

د – شملت هذه التعاريف كل ما أضر بالإنسان أو الحيوان أو الدولة حبسه ، لأن ذلك من مميزات الشريعة الإسلامية التى شملت أحكامها الرفق بالحيوان لقوله – صلى الله عليه وسلم – فى الحديث الذى رواه أبو هريرة – رضى الله عنه – (فى كل ذات كبد رطبة أجر) [2].

---

(1) يراجع : شرح كتاب النيل وشفاء العليل 8 / 175 .

(2) الجلب : ما جلب من إبل وغنم ومتاع للتجارة ، يقال: جلب الشيء جلبا وجلبا : ساقة من موضع إلى موضع آخر فهو جالب.

فإذا ما احتاج الناس إلى هذه السلع والمنافع ، فيجبر هؤلاء المالكون لها على بذل ما لديهم رعاية لحق الجماعة ، وذلك بدفع الضرر عنهم فى مثل هذه الظروف ، أما إذا لم يكن محتاجا إليها وليس فيه ضرر كما إذا غلا السعر وارتفع ولم يصب الناس ضرر نظرا لتغير الأسواق وتقلبها ، فالاحتباس مباح ، لأنه تصرف فى حق الملكية ، ولم يضر بغيره ، لأن علة الاحتكار هى الحاجة ، ورفع الضرر عن الجماعة [1].

ثانيا : حكم الإحتكار :

تحرير محل النزاع :

لقد اتفق الفقهاء على أن الإحتكار غير مشروع .

ولكنهم اختلفوا فى عدم المشروعية هل يرجع إلى التحريم [2]أو الكراهة [3]، وذلك على قولين :

القول الأول : ذهب إليه جمهور الفقهاء " الكاسانى [1]ومحمد بن الحسن من الحنفية والمالكية ، والشافعية ، والحنابلة ، والظاهرية، والزيدية، وبعض الإمامية، والإباضية " إلى أن الإحتكار حرام [2] .

- يراجع : المصباح المنير 66، المعجم الوسيط 149 ، المعجم الوجيز 109 .

(1) الحديث أخرجه مسلم فى صحيحه كتاب السلام باب فضل سقي البهائم 375/14 – باب 153 ح / 2244 ، والشوكانى فى نيل الأوطار باب نفقة البهائم 7/ 7 ح 2993 ، وابن ماجه فى سننه بلفظ قريب فى كتاب الأدب باب فضل صدقة الماء 2 / 1215 ح / 3686 ، أحمد فى المسند 4 / 175 .

(2) يراجع : بحوث فى البيع د / على مرعى 1 / 108 ، 109 ، بحوث فقهية معاصرة د / محمد الأشقر 2 / 463 – 464 ، بحوث مقارنة فى الفقه الإسلامى د / محمد فتحى الدريني 1 / 447 – 448 .

(3) التحريم : الحرام ، والحرام لغة : الممنوع من فعله . واصطلاحا : اسم المعصية لله تعالى ، وما يذم شرعا فاعله ، ويمدح تاركه ، ويقال له : المعصية ، والذنب ، والقبيح ، والمتوعد عليه .

يراجع : المصباح المنير 82 ، الإحكام فى أصول الأحكام للآمدى 86/1 ط : مطبعة محمد على صبيح، الإبهاج فى شرح المنهاج للسبكى 59/1 ط : مكتبة الكليات الأزهرية ، منهاج الوصول فى علم الأصول للبيضاوى 47/1 ط : محمد على صبيح ، مطبوع مع نهاية السول ، نهاية السول شرح الأسنوى 1 / 48 ط : محمد على صبيح .

القول الثانى : ذهب إليه " جمهور الحنفية وبعض الإمامية " .

أن الإحتكار مكروه كراهة تحريمية [3].

سبب الاختلاف :

يرجع سبب الإختلاف إلى إختلاف الفقهاء فى ثبوت التحريم بالأحاديث الأحاد [4]
وتعارض الأدلة والآثار الواردة فى ذلك .

الأدلـــــة

أدلة أصحاب القول الأول :

استدل جمهور الفقهاء أصحاب القول الأول على أن الإحتكار حرام بأدلة كثيرة من السنة والآثار والمعقول منها :

---

(1) المكروة لغة : مأخوذ من كره الشيء كرها وكراهة : خلاف أحبه ، وهو ما تعافه النفس وترغب عنه واصطلاحا : ما يمدح تاركه ولا يذم فعله ، ويقال بالإشتراك بين أمور ثلاثة : على ما نهى عنه نهى تنزيه وهو الذى أشعر فاعله أن تركه خير من فعله ، وعلى ترك الأولى ، كترك صلاة الضحى ، وعلى المحظور أى المحرم الذى يمدح تاركه ويذم فاعله .

يراجع : لسان العرب لابن منظور 5/ 3865 باب الهاء فصل الكاف ، المصباح المنير 316 منهاج الوصول للبيضاوى 1/ 48 ، إرشاد الفحول للشوكانى 51/1، 52 ط : دار السلام .

(2) الكاسانى : هو محمد بن برهان الدين بن مسعود بن أحمد علاء الدين أبو بكر الكاسانى ملك العلماء وتاج الفقهاء ، كان إماما فاضلا وشيخا كاملا فى الفروع والأصول والحديث عالما بنصوص الشريعة ، أخذ عن نجم الدين عمر النسفى ، وتفقه عليه : أشرف بن نجيب بن محمد أبو الفضل الكاسانى، صاحب كتاب بدائع الصنائع وهو كتاب مشهور بين العلماء على اختلاف مذاهبهم وتوفى " رحمه الله تعالى " سنة 578 هـ . يراجع : الفوائد البهية 162 .

(3) يراجع : بدائع الصنائع 5 / 193 ، تكملة شرح فتح القدير 10/ 58 ، تبيين الحقائق وحاشية الشلبى 6/ 27 ، المنتقى للباجى 5/ 15 ، المعونة على مذهب عالم المدينة 2 / 160 ، مغنى المحتاج 2 / 52، تكملة المجموع الثانية للمطيعى 13/ 46 ، كشاف القناع 3 / 187 ، المغنى 4 / 46 ، ط : دار الكتاب العربى ، الفروع 4 / 53 ، المحلى 7 / 572 ، البحر الزخار 4 / 319 ، السيل الجرار 3 / 80، الروض النضير 3 / 308 ، رياض المسائل 5 / 101 ، المختصر النافع 120 فقه الإمام جعفر 3 / 141 شرح كتاب النيل 8 / 166 .

(4) يراجع : الهداية شرح البداية 4 / 205 . بدائع الصنائع 5 / 192 ، تبيين الحقائق وحاشية الشلبى 6 / 27 ، شرائع الإسلام 2 / 21 ، فقه الإمام جعفر الصادق 3 / 141 وما بعدها .

من السنـــة :

1 – ما روى معمر بن عبد الله [1] أن النبى – صلى الله عليه وسلم – قال : " لا يحتكر إلا خاطئ " ، وفى رواية : " من احتكر فهو خاطئ " [2].

2 – ما روى عن أبى هريرة (رضى الله عنه) قال : قال رسول الله – صلى الله عليه وسلم – " من احتكر حكرة يريد أن يغلى بها على المسلمين فهو خاطئ" [3].

3 – ما روى عن عمر بن الخطاب (رضى الله عنه) قال : سمعت رسول الله – صلى الله عليه وسلم– يقول : " من احتكر على المسلمين طعامهم ضربه الله بالجذام [1] والإفلاس " [2].

---

(1) الحديث الآحاد : هو ما يفيد الظن أو ظن صدقه أو الذى لا يعلم صدقه ولا كذبه . أو هو عما ليس بمتواتر سواء كان مستفيضا وهو الذى زادت رواته على ثلاثة كما جزم به الآمدى وابن الحاجب ، أو غير مستفيض وهو ما رواه الثلاثة أو أقل ويجب العمل به عند الجمهور . يراجع : نهاية السول شرح الأسنوي 2/ 231 ، إرشاد الفحول 173/1 ، الكنز النفيس فى معلم مصطلح الحديث : د / حسن عجوة 35 ط : 1404هـ .

(2) معمر هو : معمر بن عبد الله بن فضالة العدوى بن كعب بن لؤى القرشى يلتقى مع رسول الله – صلى الله عليه وسلم – فى جده كعب أسلم قديما ، وهاجر الهجرة الثانية إلى الحبشة ، وقدم المدينة عام خيبر ، وعاش عمرا طويلا ، قيل : أنه هو الذى حلق شعر رسول الله – صلى الله عليه وسلم – فى حجة الوداع – روى سبعة أحاديث ، وروى الإمام مسلم منها واحد " وهو لا يحتكر إلا خاطئ وروى عنه سعيد بن المسيب وغيره من الصحابة .

يراجع : أسد الغابة فى معرفة الصحابة 5 / 236 ، تهذيب الأسماء واللغات 2 / 410 – 411 .

(3) الحديث أخرجه مسلم فى كتاب المساقاة باب تحريم الإحتكار 11/ 221 باب 129 / ح 1605 والترمذى فى كتاب البيوع ، باب ما جاء فى الإحتكار 3 / 567 ح 1267 ط : دار إحياء التراث العربى، وأبو داود فى الأجارات باب النهى عن الحكرة 3 / 269 ح 3447 ، ابن ماجة فى التجارات 2 / 728 ح 2154 ويراجع : الإحسان بترتيب صحيح بن حبان 7 / 215 ح 4915 ط : دار الكتب العلمية – بيروت سنن الدارمى 2 / 249 ط : دار الكتب العلمية – بيروت ، مسند الإمام أحمد 6 / 400 ط : دار صادر – بيروت ، قال أبو عيسى حديث معمر حديث حسن صحيح والعمل على هذا عند أهل العلم.

4 – ما روى عن معقل بن يسار [3] (رضى الله عنه) قال : قال رسول الله – صلى الله عليه وسلم – " من دخل فى شيء من أسعار المسلمين ليغليه عليهم كان حقا على الله أن يقعده بعظم (أى بمكان عظيم) من النار يوم القيامة"[4].

5 – ما روى عن عبد الله بن عمر [5](رضى الله عنه) .

قال: قال رسول الله – صلى الله عليه وسلم– " الجالب مرزوق والمحتكر ملعون"[6].

---

(1) الحديث أخرجه أحمد فى المسند 2 / 351 ، والبيهقى فى سننه 6 / 30 ، والهيثمى فى مجمع الزوائد ومنبع الفوائد 4 / 100 ، 101 ، ط : مكتبة القدس القاهرة ، والشوكانى فى نيل الأوطار 5/ 261 ح / 2282 والحديث في إسناده أبو معشر، وهو ضعيف، وقد وثق بعضهم .

(2) الجذام : علة تتآكل منها الأعضاء وتتساقط ، فالجذام يقطع اللحم ويسقطه . يراجع : المصباح المنير 61 ، المعجم الوسيط 134 .

(3) الحديث أخرجه أحمد فى المسند 1 / 27 ، ابن ماجه فى التجارات 2 / 728 ح / 2155 والشوكانى فى نيل الأوطار 5 / 261 ح / 2283 ، والحديث إسناده صحيح ورجاله موثقون وقيل : إن فى إسناده أبو يحيى المكى وهو مجهول .

(4) معقل هو : معقل بن يسار بن معير بن كعب بن عدنانى المزنى البصرى الصحابى ، شهد بيعة الرضوان ، ونزل البصرة وإليه ينسب نهر معقل والتمر المعقلى بالبصرة ، روى عنه عمرو ابن ميمون والحسن البصرى ، وروى عن رسول الله – صلى الله عليه وسلم – أربعة وثلاثين حديثا اتفقا على حديث وانفرد البخارى بحديث ، ومسلم بحديثين ، توفى – رحمه الله تعالى – فى آخر خلافة معاوية ، وقيل أيام يزيد بالبصرة .

يراجع : أسد الغابة 5 / 232 – 233 ، تهذيب الأسماء واللغات 2 / 309 – 410 .

(5) الحديث أخرجه أحمد فى المسند 5 / 27 ، والبيهقى فى سننه 6/ 30 ، والشوكانى فى نيل الأوطار 5/ 260 ح2281 ، والهيثمى فى مجمع الزوائد 4 / 101 ، وقال فى مجمع الزوائد لم أجد من ترجم لزيد بن مرة وهو فيه ، وبقية رجاله رجال الصحيح .

(6) عبد الله بن عمر هو : عبد الله بن عمر بن الخطاب القرشى العدوى المكى أبو عبد الرحمن . أسلم قديما وهو صغير مع أبيه ، ويروى أنه أول مولود فى الإسلام ، وهاجر مع أبيه إلى المدينة ، ودعا له النبى – صلى الله عليه وسلم – وقال عنه : إنه رجل صالح ، روى عنه بنوه ، سالم وحمزة ومولاه زيد ونافع ، وعطاء ، وغيرهم خلق كثير – توفى سنة 74هـ – رحمه الله تعالى .

6 – ما روى عن عبد الله بن عمر (رضى الله عنه) قال : قال رسول الله – صلى الله عليه وسلم– من احتكر الطعام أربعين ليلة فقد برئ من الله وبرئ الله منه " [1].

وجه الدلالة من هذه الأحاديث :

تدل هذه الأحاديث دلالة واضحة على حرمة الاحتكار وإن كان فى بعضها ضعف إلا أن الأحاديث فى مجموعها تنتهض للإستدلال على عدم جواز الإحتكار ، ولو فرض عدم ثبوت شيء منها فى الصحيح . فكيف وحديث معمر المذكور فى صحيح مسلم ، والتصريح بأن المحتكر خاطئ كاف فى إفادة عدم الجواز ، لأن الخاطئ هو المذنب العاصى ، وأيضا المحتكر ملعون ، واللعن لا يكون إلا على محرم ، وفيها وعيد ، وكذلك لا يكون الوعيد إلا على محرم [2].

من الآثار :

1– ما روى من قول عمر بن الخطاب – رضى الله عنه – " لا حكرة فى سوقنا.. لا يعمد رجال بأيديهم فضول من أذهاب إلى رزق من رزق الله نزل بساحتنا فيحتكرونه علينا ولكن أيما جالب جلب على عمود ظهره فى الشتاء والصيف ، فذلك ضيف عمر فليبع كيف شاء الله وليمسك كيف شاء الله " [3].

– يراجع : الإصابة 4 / 107 ط : دار صادر – بيروت ، أسد الغابة 3 / 227 ، وفيات الأعيان 3 / 28 طبقات الفقهاء للشيرازى 49.

(1) الحديث : أخرجه ابن ماجة فى كتاب التجارات 2 / 728 ح : 2153 ، وقال فيه على بن زيد ابن جدعان وهو ضعيف ، والبيهقى فى سننه 6 / 30 ، والدارمى فى سننه 2 / 249 ، والشوكانى تعليقا فى نيل الأوطار 5 / 261 .

(2) الحديث أخرجه أحمد فى المسند 5/ 65 ، وابن حزم فى المحلى 7 / 573 ، وقال في إسناده من هو مختلف فيه ، وقيل : فى إسناده أصبغ بن زيد وهو مجهول ، وقال غيره إنه معروف ، والهيثمى فى مجمع الزوائد 4 / 100 ، وقال: فى إسناده أبو بشر الأملوسي وضعفه ابن معين .

(3) يراجع : شرح النووى على صحيح مسلم 11/ 221 ، نيل الأوطار 5/ 261 ، سبل السلام للصنعانى 3 / 48 ، سنن ابن ماجه 2 / 728 ، بدائع الصنائع 5 / 193 ، تكملة المجموع للمطيعى 13/ 45 ، الروض النضير 3 / 307 ، فقه الإمام جعفر الصادق 3/ 142، 143 .

2- ما روى عن عثمان بن عفان – رضى الله عنه – أنه " كان ينهى عن الحكرة " [1].

3- ما روى عن علي بن أبى طالب [2]– رضى الله عنه – " أنه أحرق طعاما أحتكر بمائة ألف " [3].

وجه الدلالة من هذه الآثار :

تدل هذه الآثار الواردة من أقوال الصحابة – رضوان الله عليهم – وأفعالهم على تحريم الإحتكار ، فمنهم من نهى عنه ، ومنهم من قاومه فعلا ، كيف لا وهم الذين عاصروا رسول الله صلى الله عليه وسلم ، فكانوا أعلم الناس بأحكام الشريعة الإسلامية ومقاصدها وأقدر من غيرهم على معرفة أحكامها .

فمن يملك ثروات وأموالا كثيرة فائضة عن حاجته ويستخدمها فى التأثير على السوق وتقلب الأسعار تضييقا على المسلمين وإضرارا بهم ، وإحداثا للأزمات ليستغل ذلك بالجشع لأنه فى مركز إقتصادى قوى : فمحتكر خاطئ .

ولقد أصدر الخليفة عمر بن الخطاب – رضى الله عنه – أمره بمنع الاحتكار بقوله – لا حكرة فى سوقنا – لا ليحرم الإحتكار وفقط لما دلت عليه الأحاديث ، بل ليبين أيضا من يبذل الجهد فى السفر ومتسقته ليحصل على ما يجلبه من خارج

---

(1) الأثر أخرجه مالك فى الموطأ كتاب البيوع 2 / 34 ، باب 48 ، والبيهقى فى سننه 6/ 30 والباجى فى المنتقى 5 / 17 .

(2) على بن أبى طالب : أبو الحسن على بن أبى طالب بن عبد المطلب بن هاشم بن عم رسول الله – صلى الله عليه وسلم – ولد قبل البعثة النبوية بعشر سنين ، نشأ مع النبى – صلى الله عليه وسلم – وصلى معه أول الناس ، ودعا له ، رابع الخلفاء الراشدين ، من أجل فقهاء الصحابة ، روى عنه بنوه الحسن والحسين ، وغيرهما ، بويع بالخلافة بعد مقتل عثمان رضى الله عنه ، ومات رحمة الله تعالى سنة 40 هـ . يراجع : الإصابة 2 / 507 ، الأعلام 4 / 295 ، أسد الغابة 4 / 91 .

(3) الأثر أخرجه ابن حزم الظاهرى فى المحلى 7 / 573 ، القاضى شرف الدين الحسين الصنعانى فى الروض النضير 3 / 307 ، والغزلى فى إحياء علوم الدين 113/2 .

البلاد ليوسع على الناس ويسد حاجتهم ، وبين الغنى المقيم الذى لا يقوم بأى عمل سوى أن يتلاعب بأسعار السوق بفضل كثرة ماله الفائض [1].

من المعقـــول :

1- الاحتكار فيه تضييق على الناس فى أرزاقهم وأقواتهم وسبل معيشتهم ، وفيه ظلم لهم يمنعهم من الحصول عى ما يحتاجون إليه دون متاعب ومصاعب ، وفيه استغلال بشع لظروف الإنسان ، وإلحاق الضرر به ، والحرمة تدور مع الضرر ، فالإحتكار حرام لتوافر علـــة [2] الضرر فيه .

2- الاحتكار من باب الظلم ، لأن ما يباع فى المصر[3] قد تعلق به حق العامة فإذا ما امتنع البائع عن البيع عند شدة حاجتهم إليه فقد منعهم حقهم ، ومنع الحق عن المستحق ظلم ، والظلم حرام .

3- الاحتكار فيه إهدار لحرية التجارة والصناعة وإتلاف لأبواب العمل أمام كثير من الأفراد ، وفيه قتل روح المنافسة المشروعة التى تؤدى إلى التفوق فى شتى المجالات [4].

---

(1) يراجع : المنتقى للباجى 5 / 17 ، المحلى 7 ، 573 ، السيل الجرار المتدفق على حدائق الأزهار للشوكانى 3-/ 81 ، بحوث مقارنة فى الفقه الإسلامى د./ محمد فتحى الدريني 1 / 461 هامش (3).

(2) العلة : لغة تطلق على الحجة والدليل ، يقال : علل الشيء : بين علته وأثبته بالدليل ، والعلة من كل شيء : سببه ، وهى اسم لما يتغير الشيء بحصوله ، واصطلاحا : الوصف المعرف للحكم أو الوصف المؤثر فى الحكم بذاته : كقول الله تعالى (أقم الصلاة لدلوك الشمس) وقوله -0 صلى الله عليه وسلم - إنما جعل الإستئذان لأجل البصر .

يراجع : لسان العرب 4 / 3079 ، باب اللام فصل العين ، المصباح المنير 253 ، نهاية السول 3 / 39 إرشاد الفحول للشوكانى 2 / 605 ، 606 .

(3) المصر : الوعاء ، والكورة الكبيرة تقام فيها الدور والأسواق والمدارس وغيرها من المرافق العامة يراجع : المصباح المنير 341 ، المعجم الوسيط 911 .

(4) يراجع : بدائع الصنائع 5 / 193 ، تبيين الحقائق 6 / 27 . الفتاوى الهندية 3 / 213 - 214 المنتقى 5 / 16 ، المعونة 2 / 60 ، مغنى المحتاج 2 / 52 ، كشاف القناع 3 / 187 ، المحلى 7 / 572

أدلة أصحاب القول الثانى :

استدل جمهور الحنفية ومن وافقهم – أصحاب القول الثانى – على أن الإحتكار مكروه بما يلى :

1 – إن فى الإحتكار أصلين تعارضا [1] ويجب التوفيق بينهما ، لأن النهى إذا كان لأمر خارج مجاور أفاد الكراهة لا التحريم .

أحدهما : حل البيع والشراء بمقتضى حق الملكية أو حرية التملك بناءا على أصل الحل العام . لأن الناس مسلطون على أموالهم .

الثانى : النهى عن الإضرار حديث روي أبو سعيد الخدرى رضى الله عنه " أن النبى – صلى الله عليه وسلم – قال " لا ضرر ولا ضرار من ضار ضاره الله ومن شاق شاق الله عليه) [1] **فالنهى ليس لذات الإحتكار ، بل لعارض مجاور منفك هو الضرر الذى ينشأ عن الإحتكار ، وقد ينفك عنه ، لأنه قد يتم البيع والشراء دون إلحاق ضرر بالغير فلا تلازم ولا يتسرب النهى إلى أصل الفعل ، فلشبهة الحل فى التصرف لا يقال بالتحريم بل بالكراهـــة التحريمية .**

2 – التحريم ما ثبت بدليل قطعى لا شبهة فيه ، والأحاديث الواردة فى الإحتكار آحاد لا تفيد إلا الظن ، والتحريم لابد أن يكون لازما لذات الفعل ولا ينفك عنه ، أو

= البحر الزخار 4/ 319 ، السيل الجرار 3 / 80 ، النيل 8 / 175 ، إحياء علوم الدين 2 / 113 ، إعلام الموقعين 3 / 148.، بحوث فقهية معاصرة د / محمد الأشقر 2 / 474 .

(1) التعارض : لغة مصدر تعارض ، فيقال : عارض الشيء بالشيء ، قابله به ، وعاضته : فعلت مثل فعله ، وتعارضا : قابل أحدهما الآخر، أي كأن الكلام المتعارض يقف بعضه فى عرض بعض أى ناحيته فيمنع من النفوذ حيث وجه . واصطلاحا : تعارض الأمرين وتقابلهما على وجه يمنع كل واحد منهما مقتضى صاحبه . وقيل ، تقابل الدليلين على سبيل الممانعة . يراجع : المصباح المنير 240 ، 241 المعجم الوسيط 622 – 624 ، نهاية السول 2 / 207 ، إرشاد الفحول 2 / 777 778 .

لأمر لازم له بدليل قطعى لا شبهة فيه ، وكل ذلك لم يتوفر فى الإحتكار فهو مكروه [1].

مناقشة أدلة الحنفية :

ناقش جمهور الفقهاء ما استدل به جمهور الحنفية بما يلى :

1- القول بأن النهى إذا كان لأمر خارج مجاور ينفك لا يفيد التحريم هذا غير متفق عليه عند الجمهور ، بل يصح الإحتجاج به عند غير الأحناف .

وموضوع المسألة هو الضرر العام ، وقد تضافرت الأدلة المقطوع بها على تحريمه لقولــه – صلى الله عليه وسلم – " لا ضرر ولا ضرار" ، ولقد قامت الأدلة بدفع الضرر العام لأن دفعه مصلحة حقيقية مؤكدة ، والمصلحة العامة مقدمة بالإجماع ، وكل ما كان سببا فى إحداث ضرر عام محرم قطعا .

2 – هذه الأحاديث وإن كانت آحاد إلا أن مفادها : أن الإحتكار كبيرة لما قررته من الوعيد الشديد واللعن والإثم .

3 – لا يقال أن الناس مسلطون على أموالهم يتصرفون كيف يشاءون ، لأن مبدأ التراضى فى العقود أساس إنتفاع العاقدين بمال الأخر ، ولأن أدلة الشرع توجب مراعاة حق الغير على نحو لا يلحق به ضررا ولا بعامة المسلمين[2].

---

(1) الحديث أخرجه مالك مرسلا ، وقال ابن ماجه رجاله ثقات ، يراجع : شرح الزرقانى على موطأ مالك 4 / 31 ح / 1500 ط : دار الفكر ، سنن ابن ماجه 2 / 784 ح 2340 ، مجمع الزوائد 4 / 110 ، سنن البيهقى 10 / 133 ، مسند الإمام أحمد 1 / 313 ، 2 / 327 ، المستدرك على الصحيحين فى الحديث – كتاب البيوع 2 / 57 ، 58 ط : دار الفكر – بيروت ، 1398 هـ – 1987م ، وقال الحاكم النيسابورى : هذا حديث صحيح الإسناد على شرط مسلم .

(2) يراجع : لهداية شرح البداية بهامش تكملة شرح فتح القدير 10 / 58 ، بحوث فى البيع د / على مرعى1 / 133، بحوث مقارنة فى الفقه الإسلامي د / محمد فتحى الدرينى 1 / 458 وما بعدها .

القول الراجح

بعد بيان أقوال الفقهاء وأدلتهم ومناقشة ما أمكن مناقشته يتبين لى أن القول الراجح ما ذهب إليه جمهور الفقهاء من حرمة الإحتكار ، والحقيقة أن الخلاف بين جمهور الحنفية وجمهور الفقهاء فى التسمية والدليل فقط ، حيث يطلق الحرام على المكروه تحريما ، لأن كل منهما يقتضى المنع ويوجب إستحقاق العذاب ، والدليل الذى ثبت به الحكم إن كان ظنيا دالا على المنع كخبر الأحاد فهو الحرام عند الجمهور والمكروه تحريما عند الحنفية [1].

حكمة تحريم الاحتكار

لقد حرم الشارع الحكيم الإحتكار ونهى عنه لما فيه من الجشع والطمع وسوء الخلق والتضييق على الناس ، والتطلع إلى الكسب عن طريق الإضرار بالغير ، فتحريم الإسلام للاحتكار يهدف إلى كشف الضرر ودفعه عن عامة الناس وجماهير الشعب ووقايتهم من المحتكرين فى حبس الأقوات وغيرها من ضروريات الحياة واستئثارهم بتوزيعها دون سائر الموزعين ، لكى يستطيعوا التحكم فى أسعارها كما يشاؤون ، وإنه لأسلوب ممقوت لما فيه من إساءة لاستعمال الحق فى إنتهاز حاجة الناس ، وكل ذلك يصادم مبادئ الإسلام الذى جاء بالرحمة والإيثار والتعاطف بين المسلمين والتعاون على البر والتقوى ، والإحتكار يؤدى إلى ما يسمى بالسوق السوداء ، وإنها لتسمية مناسبة ، فهى سوداء على المشترى، لاضطراره إلى دفع الأرباح التى لا تساوى أرباح السلعة فى العادة ، وسوداء على البائع لأنها تجلب عليه مقت الله وغضب الناس ، وقد تذهب بماله كله حين يضطر ولى الأمر إلى

---

(1) يراجع : بحوث فقهية فى قضايا إقتصادية معاصرة د / محمد الأشقر 2 / 469 ، بحوث فى البيع د/ على مرعى 1 / 133 ، 134 ، بحوث مقارنة فى الفقه الإسلامى د / محمد فتحى الدرينى 1 / 464 وما بعدها .

مصادرة ماله عقابا له ، أو بيعه جبراً عليه لإشاعة الذعر ، والجناية على المجتمع، وابتزاز أموال الناس بالربح غير المشروع ... والتحكم فى أقواتهم [1].

(1) يراجع : منهاج العقول للبدخشى شرح منهاج الوصول 1 / 47 ، مطبوع بهامش نهاية السول .

الفرع الثانى
تعريف الإحتكار وبيان حكمه فى القانون الوضعى

أولاً : مفهوم الإحتكار فى القانون الوضعى :

إن الإحتكار هو : حبس البائع السلعة أو الخدمة التى تعد من ضروريات الحياة عن المستهلكين والإستئثار بها لكي يستطيع التحكم فيها كيف يشاء [1].

فإن كان الأصل فى التعاقد بين البائع والمشترى أن يتسم بالحرية فى النقاش والمساومة ، ويترك لكل طرف الفرصة والإختيار فى وضع أفضل الشروط بالنسبة إليه .

إلا أنه قد يقف المشترى فى بعض الأحيان أمام محتكر لإحدى السلع أو الخدمات الضرورية لا يستطيع أن يناقش أو يساوم ، لأن البائع – المحتكر – قد وضع الشروط سلفا ويعرضها على جمهور الناس ، دون أن يكون أمام من يريد الشراء أو إبرام عقد إلا أن يرضخ ويقبل هذا التعاقد ، أو يرفضه وهو فى حاجة إليه .

والقبول من المشترى يكون أقرب إلى التسليم والإذعان [2] والرضوخ إلى إرادة الطرف القوى : البائع أو المحتكر، وأطلق على مثل هذه العقود بعقود الإذعان .

فنظرا لتزايد النشاط الإقتصادي ، وما وصلت إليه الحياة من تطورات هائلة فى العصر الحديث استطاعت بعض الشركات والمؤسسات الكبرى أن تحتكر بعض السلع والخدمات دون منافسة أو مناقشة ، أو جدال يمنع ذلك ، ولذا احتلت مراكز

---

(1) يراجع : تكملة المجموع للمطيعي 48/13 ، الروض النضير 3/ 307 ، البحر الزخار 4/ 319 سبل السلام 3 / 49 ، نيل الأوطار 5 / 262 ، شرح النووى على صحيح مسلم 11/ 221 موسوعة الاقتصاد الإسلامى د / محمد عبد المنعم الجمال 159 ط : دار الكتاب المصرى واللبنانى ولاية الحسبة فى الإسلام د/ عبد الله محمد عبد الله 402 ط : مكتبة الزهراء ، حماية المستهلك فى الفقه الإسلامى .
د/ رمضان الشرنباصى 34 ، مطبعة الأمانة .

(2) يراجع : نظرية العقد د / عبد الفتاح عبد الباقى 204 ، موسوعة الاقتصاد الإسلامى د / محمد عبد المنعم الجمال 159 ، وقريب من هذا المعنى أ . د/ لاشين الغاياتى– فى عقد الإذعان فى القانون المدنى المصرى ص 24 ، بحث منشور بمجلة كلية الشريعة والقانون بطنطا العدد الأول .

تعاقدية مكنت لها إملاء شروطها على جمهور المستهلكين والمنتفعين فانفردت هذه الشركات والمؤسسات (الموجبة المحتكرة) بتحديد شروط العقد كما تشاء دون أن يكون لمن يتعامل معهم أدنى حق فى مناقشة هذه الشروط أو تحويرها .

وأصبح لمن يريد التعاقد أن يأخذ أو يدع ، ولابد له من التعاقد ، لأنه يتعلق بسلعة أو مرفق ضرورى لا غنى عنه فهو يرضخ لمشيئة الطرف القوى [1] .

ثانياً : تكييف الإحتكار وموقف المشرع الوضعى منه (حكمه) :

لم يتناول المشرع الوضعى المصرى الإحتكار بصورته المعروفة لدى فقهاء المسلمين.

ولكنه تناول التعرض لبعض صور الإحتكار والمتمثلة فى الشركات والمؤسسات الضخمة دون الأشخاص ، وحاول علاج هذه الصور مراعيا فيها جانب الطرف الضعيف عندما تناول عقد الإذعان ، وكذلك جرَّم الإمتناع عن البيع .

فالمشرع الوضعى تناول الأحكام الخاصة بعقد الإذعان فى ثلاثة نصوص متباعدة ضمن نصوص القانون المدنى ، الأول منها نص المادة 100 ، والثانى نص المادة 149 والثالث نص المادة 151 فقرة " 2 " .

فنصت المادة 100 على أن : (القبول فى عقود الإذعان يقتصر على مجرد التسليم بشروط مقررة يضعها الموجب ولا يقبل مناقشة فيها) .

ومن خلال هذا النص تناول فقهاء القانون الوضعى تعريف عقد الإذعان ، وبيان اسباب نشأته وخصائصه ، وأوضح ذلك فيما يلى :

تعريف عقد الإذعان :

عقد الإذعان هو: العقد الذى ينفرد فيه أحد المتعاقدين الموجب – بوضع شروط بحيث لا يكون للمتعاقد الآخر– القابل -- إلا أن يقبل هذه الشروط أو يرفضها دون

---

(1) الإذعان : مأخوذ من ذعن ذعنا : خضع وذل . وأذعن : انقاد وسلس ولم يستعص ، ويقال : أذعن بالحق : أقربه . يراجع : المصباح المنير 127 ، مختار الصحاح 117 ، المعجم الوسيط 336 .

مناقشة فيها[1] ويتعلق بسلعة أو مرفق ضروري يكون محل احتكار فعلي أو قانوني.

أسباب نشأة أو ظهور عقود الإذعان :

إن عقود الإذعان ظاهرة جديدة اقتضتها المدنية الحديثة نتيجة لنمط الحياة التى يعيشها هذا العصر ، فلم يشق وجوده فى مصر أو فى غيرها من البلاد العربية إلا مع السنين الأولى من القرن الماضى .

وإن كانوا قد عرفوا أصل وجود مثل هذه العقود المتمثل فى الإحتكار وعادوه وحاربوه ، فلقد كانت الشريعة الإسلامية كدأبها فى السبق إلى كل ما هو خير ، سباقة إلى محاربة الإحتكار ومعاداته والعمل على وقاية الناس من شروره وآثامه .

ولقد نشأت عقود الإذعان فى الفكر القانونى المعاصر نتيجة الوضع الإقتصادى المتمثل فى قيام قوَى هائلة باتت تتحكم فى أرزاق الناس أو فى ما تقتضيه حياتهم وتتطلبها معيشتهم من سلع ضرورية أو من حاجات وخدمات لازمة ، وقد توصلت إلى ذلك عن طريق الإحتكار أو ما يقربه من إضعاف أثر المنافسة .

وقد ساعد على ذلك مدنية العصر الحديث التى اقتضت حاجات أو خدمات كثيرة من لوازم الحياة تحتاج إلى جهود كثيرة وأموال باهظة ، ولا تستطيع القيام بها إلا مشروعات ضخمة ذات قوى هائلة ، ولا يجد لها منافسا فى الغالب ، وإن وجد هادنته لتتوافق معه على توحيد الشروط فى تقديم الخدمات مما يضعف أثر المنافسة إن لم يزلها بالكلية .

---

(1) يراجع : موسوعة القانون المدنى المصرى – نظرية العقد د / عبد الفتاح عبد الباقى ص 204 ، ط: 1984م ، الوسيط د / السنهورى 1/ 245 هامش 1 ، مصادر الالتزام د / عبد المنعم فرج الصدة 109 – 110 ط: 1986م ، نشر دار النهضة العربية ، القاهرة ، الوجيز فى النظرية العامة للإلتزامات د / محمود جمال الدين زكى ص 89 ، مطبعة جامعة القاهرة الطبعة الثالثة 1978م.

ومن هذه الخدمات تقديم الضروريات المنزلية كالمياه ، والكهرباء ، والغاز ، والنقل بوسائله المختلفة - برا وبحرا وجوا - وغير ذلك ، كشركات التأمين ، ومصلحة البريد والاتصالات .

فكان من نتيجة تسلط هذه القوى الهائلة على السلع والخدمات اللازمة لحياة الجمهور أن نشأت عقود الإذعان ، تلك العقود التى تأبى المساومة وتمنع النقاش ، وتقوم بين طرفين: أحدهما: بالغ القوة من حيث تأثيره الاقتصادى أو الاجتماعى ، والثانى : بالغة ما بلغت قوته فهو ضعيف أمامه ، ولا يملك لشدة حاجته إلى التعاقد معه ، إلا أن يسلم بشروطه ويرضخ لإرادته ويذعن لمشيئته [1].

خصائص عقد الإذعان :

يتميز عقد الإذعان بخصاص ثلاثة أساسية هى[2] :

1 - أن يتعلق عقد الإذعان بسلعة أو خدمة تعتبر من الضروريات الأولية ، ليس بالنسبة إلي فرد بعينه وإنما بالنسبة لجميع الناس ، بحيث لا يستطيع هؤلاء الإستغناء عنها فى حياتهم دون أن يلحقهم أذى أو ضيق أو ضرر ، والسلع الضرورية هى التى لا غنى للناس عنها والتى لا تستقيم حياتهم ومصالحهم بدونها بحيث يكونون فى وضع يضطرهم إلى التعاقد بشأنها ، ولا يمكنهم رفض الشروط التى يضعها الموجب ولو كانت جائرة وشديدة .

---

(1) يراجع : دروس فى مصادر الإلتزام د / لاشين الغاياتى 63 ط : 1403 هـ / 1983م ، مصادر الإلتزام د / عبد المنعم الصدة 109 ، الوافى فى شرح القانون المدنى - نظرية العقد د / سليمان مرقس 182 الطبعة الرابعة 1987م ، مطبعة السلام القاهرة ، مصادر الالتزام د / عبد الناصر توفيق العطار 117 طبعة 1990 ، مؤسسة البستاني - القاهرة ، الموجز فى النظرية العامة للالتزامات - مصادر الالتزام د / عبد الودود يحيى 44 ط : 1987م - دار النهضة العربية ، مصادر الإلتزام د / رمضان أبو السعود ص 83 ط : 2003م .

(2) يراجع : موسوعة القانون المدنى - نظرية العقد والإرادة المنفردة د / عبد الفتاح عبد الباقى 205 ، 206 . مصادر الالتزام د / عبد المنعم الصدة 109 - 110 ، عقد الإذعان د / لاشين الغاياتى - بحث منشور بمجلة كلية الشريعة والقانون بطنطا العدد الأول ص 17 ، ط : 1406هـ - 1986م .

وكون السلعة أو الخدمة ضرورية أم لا ؟ بالنسبة إلى المستهلك ، فنظرا لما وصلت إليه المدنية الحديثة والتقدم الحضارى والتكنولوجى تعتبر مسألة موضوعية تدخل فى نطاق سلطة القاضى الموضوعية التقديرية .

2 – أن يكون أحد العاقدين محتكرا للسلعة أو الخدمة إحتكارا قانونيا ، كشركات الغاز والكهرباء والمياه ، أو إحتكارا فعليا كوجود عامل يتعلق نوع عمله هو وأسرته بمشروع صناعى تحتكره شركة ولا يوجد غيرها ، فهو مضطر إلى العمل فى هذا المشروع ، ومع ذلك فهى تمنعه من العمل إلا وفقا لشروطها ، أو أن تكون المنافسة بينه وبين غيره فى تقديم تلك السلعة أو الخدمة محدودة ضيقة النطاق بحيث يكون تفوقه الاقتصادى واضحا .

3 – أن يقوم مقدم السلعة أو الخدمة بعرضها على الجمهور وفق شروط مقررة سلفا ولا يقبل نقاشا فيها لمدة غير محدودة فهو إيجاب عام ودائم ....

فهذه الخصائص أو الصفات ، أو المميزات ، التى تتميز بها عقود الإذعان كثيرة الشيوع ، والتى تزداد يوما بعد يوم نتيجة تطور الوضع الاقتصادى والتقدم العمرانى والكثافة السكانية التى أدت إلى نشأة الهيئات والشركات والمؤسسات بل والأفراد الذين يتحكمون فى الجمهور بتسلطهم على السلع والخدمات التى لا غنى عنها فى حياتهم ، كعقود النقل ، والتليفون ، والعمل ، والتأمين ، والكهرباء ، فإذا لم تتوافر هذه الخصائص السابقة ، فلا يعتبر العقد من عقود الإذعان وما أخذ حكمه[1].

---

(1) يراجع : مجموعة الأعمال التحضيرية 2 / 68 ، 69 ، دروس فى مصادر الالتزام . د / لاشين الغاياتى 63 – 65 ، النظرية العامة للإلتزامات نظرية العقد د / عبد الرزاق السنهورى 280 ط : دار الكتب المصرية ، مصادر الإلتزام د / عبد المنعم الصدة 110 ، الوافى فى شرح القانون المدنى – نظرية العقد د / سليمان مرقس 183 ، موسوعة القانون المدنى ، نظرية العقد والإرادة المنفردة . د/ عبد الفتاح عبد الباقى 206 – 208 ، عقد الإذعان د / لاشين الغاياتى بحث منشور بكلية الشريعة والقانون بطنطا العدد الأول ص 21 – 24 ، مصادر الالتزام د/ عبد الناصر العطار 117 ، الموجز فى النظرية العامة للإلتزامات د / محمود زكى 89 – 90 ، الموجز فى النظرية العامة للالتزامات مصادر=

ولقد عالج المشرع الوضعى ما تتضمنه عقود الإذعان من صور إحتكارية عن طريق تعديل شروط العقد ، أو تفسير الشك لمصلحة الطرف الضعيف ، وهذا ما سنوضحه فى الفرع الثانى من المطلب القادم إن شاء الله تعالى .

تجريم المشرع الوضعى الإمتناع عن البيع :

ومع ذلك فلقد جرم المشرع الوضعى بيع السلعة المسعرة جبريا أو محددة الربح أو عرضها للبيع بسعر يزيد على السعر أو الربح المحدد ، أو الإمتناع عن البيع بهذا السعر أو الربح .

فلقد نصت المادة التاسعة من المرسوم بقانون رقم 163 لسنة 1950م الخاص بشئون التسعير الجبرى وتحديد الأرباح ، والمعدلة بالقانون 108 لسنة 1980 والقانون 128 لسنة 1982 على أن :

" يعاقب بالحبس مدة لا تقل عن سنة ولا تجاوز خمس سنوات وبغرامة لا تقل عن 300 ثلاثمائة جنيه ولا تزيد على ألف جنيه كل من باع سلعة مسعرة جبريا أو محددة الربح أو عرضها للبيع بسعر أو بربح يزيد على السعر أو الربح المحدد أو امتنع عن بيعها بهذا السعر أو الربح .... " .

وتنص المادة الأولى من قرار التموين رقم 184 لسنة 1975م ، على أنه : " يحظر على التجار أو الحائزين للسلع .... حبسها عن التداول عن طريق إخفائها أو عدم طرحها فى الأسواق ، أو الإتفاق على سحبها من المناطق المخصصة لتداولها... " والمادة الثانية: " يعاقب بالحبس لمدة لا تقل عن ستة أشهر ولا تزيد على سنتين وبغرامة لا تقل عن مائة جنيه ولا تجاوز خمسمائة جنيه – كل من حبس سلعة عن التداول أيا كانت السلعة ....

=الإلتزامات د/عبد الودود يحيى 440 ، مجموعة أحكام محكمة النقض طعن 396 لسنة 37 ق ، قاعدة 8 نقض مدنى جلسة 12/ 3 / 1974م.

فالامتناع عن البيع يعاقب عليه فى حد ذاته سواء كان المقصود منه طلب سعر يزيد على السعر المحدد أم لا ؟ وسواء كان البائع يقصد الإحتفاظ بالسلعة لاستعماله الشخصى أم لآخرين ، موجودة بالمحل أو بالمخزن أو بأي مكان آخر [1].

فمن خلال ما سبق يتضح أن المشرع الوضعى قد جرم كل من يمتنع عن بيع سلعة يحتاج إليها المستهلكون سواء كان الإمتناع عن البيع لزيادة ربح أو لغيره ، لما يدل على أن المشرع الوضعى يحرم الإحتكار ويمنعه بتوقيع العقوبة السابقة على من يخالف حكمه ويمتنع عن البيع ، إلا أنه مع ذلك لا يجبره على البيع كما نص على ذلك فقهاء المسلمين حينما أجبروا المحتكر على البيع ، أو إخراج ماله ليتولى القاضى بيعه جبرا عنه لمن هم فى حاجة إليه بمثل ثمنه أو بقيمته .

---

(1) يراجع : قانون العقوبات الخاص د/ حسن صادق المرصفاوى 799 ط : 1975م منشأة المعارف الإسكندرية ، التشريعات التموينية للمستشار/ أنور طلبة 492 ط : مطبعة الصديق – إسكندرية تشريعات التموين والتسعير الجبرى ، فرج علوانى هليل 5، 6 ، 22 ط : 1980 نشر دار المطبوعات الجامعية ، مجموعة أحكام محكمة النقض س 21 ق 151 ، جلسة 3/5/ 1970م طعن 115 لسنة 36 ق نقض مدنى جلسة 3/2/ 1966 ، طعن رقم 1048 س 38 نقض مدنى جلسة 2/17 / 1969 ، طعن 486 لسنة 37 نقض مدنى جلسة 5/30/ 1967م الموسوعة الشاملة فى التموين والتسعير الجبرى وأمن الدولة م/ معوض عبد التواب ص 100 ، 101 ط 1987م ، المكتبة القومية الحديثة بطنطا.

الفرع الثالث

الموازنة بين موقف الفقه الإسلامي والقانون الوضعي من تعريف الإحتكار وبيان حكمه

بعد بيان موقف الفقه الإسلامى والقانون الوضعى من مفهوم الإحتكار وبيان حكمه يتضح ما يأتى :

1 – لقد اتفق القانون الوضعى مع الفقه الإسلامى فى مفهوم الاحتكار والذى يتضمن حبس السلعة أو الخدمة عن المستهلكين الذين هم فى حاجة إليها ولا غنى لهم عنها .

2 – ولقد ذهب جمهور الفقهاء المسلمين إلى تحريم الإحتكار لما يتسبب فيه من ضرر يلحق بالجماعة إذا توافرت شروطه فى كل ما يحتاج إليه ولا غنى عنه .

أما القانون الوضعى : فلم يتناول الإحتكار بصورته المعروفة عند فقهاء المسلمين وإنما تناوله فى صورة عقود الإذعان، وهذا أمر حديث لم يكتشفه المشرع الوضعى إلا في بداية القرن الماضى، وذلك على أثر التطورات الإقتصادية والصناعية الكبيرة .

ومع ذلك فقد نص المشرع الوضعى على توقيع العقاب بالحبس والغرامة على كل من يمتنع عن بيع سلعة بقصد الإضرار بالمستهلكين .

لذا كان موقف القانون الوضعى متفقا من حيث المبدإ مع الفقه الإسلامى من تحريم الإحتكار ، وأيضا فى منعه وتجريمه وتوقيع العقاب على الممتنع عن البيع حيث ذهب بعض الفقهاء إلى أن المحتكر إن أبى عن البيع فإنه يحبس ويعزر .

3 – ولكن القانون الوضعى لم يجبر المحتكر على البيع بإخراج السلع إلى السوق ودفعها لمن هم فى حاجة إليها ، كما نص على ذلك الفقه الإسلامى ، ولكن قصر العقاب على من طلب منه البيع وأبى دون جبره على البيع ، لذا أقصى

سرعة تدخل المشرع الوضعى بإصدار قانون يمنع الإحتكار بشتى صوره وأن يكون مستمدا من أحكام الشريعة الإسلاميـــة .

هذا والله تعالى أعلى وأعلم ،،،

المطلب الثانى
شروط الاحتكار
وتملك الأشياء المحتكرة جبراً على محتكريها

وفيه ثلاثة فروع :

الفرع الأول : شروط الإحتكار وتملك الأشياء المحتكرة جبرا على محتكريها فى الفقه الإسلامى .

الفرع الثانى : شروط الإحتكار وتملك الأشياء المحتكرة جبرا على محتكريها فى القانون الوضعى .

الفرع الثالث : الموازنة بين موقف الفقه الإسلامى والقانون الوضعى من شروط الإحتكار وتملك الأشياء المحتكرة جبرا على محتكريها

الفرع الأول
شروط الإحتكار وتملك الأشياء المحتكرة جبراً على محتكريها فى الفقه الإسلامى

أولا : شروط الإحتكار :

لقد وضع فقهاء المسلمين شروطا للاحتكار المحرم ، وإذا توافرت كان الإحتكار محرما ويجبر المحتكر على إخراج وبيعه لمن هم فى حاجة إليه ، فإن امتنع عن إخراجه وبيعه ، باعه القاضى جبرا عنه ، وملكه للمحتاجين إليه بمثل ثمنه أو قيمته، وهذه الشروط هى :

الشرط الأول : أن يكون الشيء المحتكر قوتا أو طعاما أو مما يضر بالناس حبسه ويحتاج إليه .

تحرير محل النزاع :

لقد اتفق الفقهاء على أن الشيء المحتكر إذا كان طعاما فإنه يكون محرما ، لأنه يضر بالناس ويحتاجون إليه [1].

ولكنهم اختلفوا في احتكار ما سوى طعام الآدمي وذلك على ثلاثة أقوال :

القول الأول :

ذهب إليه جمهور الفقهاء (بعض الحنفية والمالكية ، وبعض الحنابلة ، والظاهرية ، والزيدية ، وبعض الإمامية) .

إلى أن كل ما أضر بالناس حبسه يكون احتكارا محرما فيجرى فى كل شيء من طعام وغيره لآدمي أو غيره ، وكل ما يحتاج إليه إذا أضر بالناس ، لأن حاجتهم لا تندفع إلا بذلك كالأدوية والثياب وغيرهما [2].

القول الثاني :

ذهب إليه (جمهور الحنفية ، والشافعية ، وبعض الإمامية ، والإباضية) .

إلى أن الإحتكار المحرم يكون في حبس قوت الآدمي أو علف الحيوان [3].

القول الثالث :

ذهب إليه سعيد بن المسيب [4] وبعض الحنابلة .

---

(1) يراجع : تبيين الحقائق 27/6 ، المنتقى للباجى 16/5، مغنى المحتاج 2/ 53 ، الفروع 4 / 53 المحلى 7 / 572 ، البحر الزخار 4/ 319، فقه الإمام جعفر الصادق 3 / 143، النيل 8 / 178 .

(2) يراجع : تبيين الحقائق 6/ 27 ، بدائع الصنائع 5/ 193 ، المنتقى 16/5 ، المعونة 2 /[illegible] ، الفروع 4 / 53 ، المحلى 7/ 572 ، البحر الزخار 4/ 319 ، الروض النضير 3 / 307 ، فقه الإمام جعفر الصادق 3/ 143

(3) يراجع : بدائع الصنائع 5/ 193 ، الفتاوى الهندية 3/ 213 ، حاشية الجمل 3 / 93 ، مغنى المحتاج 2 / 53 ، تكملة المجموع الثانية للمطيعى 13/ 46 ، المبسوط للطوسى 2/ 195 ، رياض المسائل 5/ 101 ، شرح كتاب النيل وشفاء العليل 8/ 178.

(4) سعيد بن المسيب هو : الإمام أبو محمد سعيد بن المسيب بن كعب بن غالب المخزومي القرشي ، سيد التابعين ، وأحد الفقهاء السبعة بالمدينة ، ولد لسنتين مضيتا من خلافة عمر بن الخطاب ، ورأه وسمع منه ، ومن عثمان ، وعلي ، وابن عباس ، وابن عمر وأبو هريرة ، وغيرهم من الصحابة ، وروى عنه=

إلى أن الاحتكار المحرم لا يكون إلا فى قوت الآدمى فقط [1].

سبب اختلاف الفقهاء : لعل سبب إختلاف الفقهاء يرجع إلى تعارض الأحاديث والآثار الواردة فى ذلك .

الأدلة

أدلة أصحاب القول الأول :

استدل أصحاب القول الأول على ما ذهبوا إليه من أن الاحتكار المحرم يكون فى كل ما يحتاج الناس إليه ويضر بهم بما يلى :

1 – العلة فى الإحتكار هى الإضرار بالمسلمين ، ويستوي فى ذلك القوت وغيره لأنهم يتضررون بالجميع .

2 – الأحاديث الواردة فى تحريم الإحتكار لم تفرق بين قوت الأدمى وغيره من الدواب ، والتصريح بلفظ الطعام فى بعض الروايات لا يقيد باقيها ، بل هو من التنصيص على فرد من الأفراد التى يطلق عليها المقيد لخصوصية فيه وهى شدة الاحتياج إليه أكثر من غيـــره [2].

-من التابعين خلق كثير منهم : عطاء ، والزهرى ، واتفقوا على إمامته وجلالته وتقدمه على أهل عصره فى العلم والخير والفضل – توفى " رحمه الله تعالى" سنة 93هـ وقيل 94هـ . يراجع : شذرات الذهب 102/1 ، الأعلام 102/3 ، وفيات الأعيان 2/ 375 رقم 262.

(1) يراجع : كشاف القناع 3/ 187 ، الفروع 4/ 53 ، الشرح الكبير بهامش المغنى 4/ 47 ط : دار الكتاب العربى ، مطالب أولى النهى فى شرح غاية المنتهى للرحيبانى 3/ 63 ، ط : المكتب الإسلامى بدمشق . الروض المربع 284

(2) يراجع : الهداية شرح البداية 4/ 205 ، المعونة 2 / 60 ، الأنصاف 4/ 338 . الشرح الكبير بهامش المغنى 4/ 47 . المحلى 7/ 572 ، السيل الجرار 3/ 79 ، فقه الإمام جعفر 3/ 143 نيل الأوطار 5 / 263

أدلة أصحاب القول الثانى :

استدل أصحاب القول الثانى على ما ذهبوا إليه من أن الإحتكار المحرم يكون فى قوت الأدمى وعلف الحيوان فقط وذلك بما يلى :

1 – بعض الأحاديث ورد مطلقا فى تحريم الإحتكار كقوله – صلى الله عليه وسلم – من " احتكر فهو خاطئ " . وبعضها ورد مقيدا كقوله – صلى الله عليه وسلم – " من احتكر طعاما ...... " والمطلق [1] يحمل على المقيد . كما هو مقرر عند علماء الأصول [2].

2 – الضرر الغالب يكون فى حبس القوت والعلف ، ولا حاجة ماسة فى غير القوت فتحريم الإحتكار جاء لرفع الضرر عن الناس الخاص بحبس الأقوات لا كل ضرر لورود بعض الأحاديث المقيدة بالطعام .

3 – الشريعة الإسلامية قد حرمت الإضرار بالحيوان ، وأوجبت على مالكه النفقة عليه ، وإن عجز أو امتنع كان واجبا على المسلمين حفظه ورعايته ، وفى ذلك مصلحة ، لأنه مال ، ولا يجوز إهماله للنهى عن إضاعة المال [3].

---

(1) المطلق : لغة ما لا يقيد بشرط أو قيد ، وغير المعين ، ومن الأحكام مالا يقع فيه استثناء ويقال: أطلقت القول : أرسلته من غير قيد أو شرط .

واصطلاحا : اللفظ الدال على مدلول شائع فى جنسه .

يراجع : لسان العرب 4/ 2693 باب القاف فصل الطاء ، المصباح المنير 225، الإحكام للآمدى 2 / 162 ، إرشاد الفحول 2 / 477.

(2) المقيد : لغة : خلاف المطلق ، فيقال : قاده قيدا وقيده : أعياه وعاقة ، واصطلاحا : مالا يدل على شائع فى جنسه .... يراجع : المعجم الوسيط 804 ، منهاج المعقول 2 / 138 ، إرشاد الفحول 2 / 478.

(3) يراجع : نهاية السول 2 / 140 ، إرشاد الفحول للشوكانى 2 / 478 .

أدلة أصحاب القول الثالث :

استدل أصحاب القول الثالث على ما ذهبوا إليه من أن الإحتكار المحرم لا يكون إلا فى قوت الآدمى فقط وذلك بما يلى :

1 – ما روى أن سعيد بن المسيب راوى حديث معمر كان يحتكر النوى والزبيب والخيط ، لأن مثل هذه الأشياء لا تعم الحاجة إليها فأشبهت الثياب والحيوان، فدل ذلك على أن الاحتكار المحرم معقود على قوت الأدمى فقط ولا يجرى فى كل شيء [1].

2 – بعض الأحاديث ورد مطلقا والبعض ورد مقيدا ، والمطلق يحمل على المقيد كما هو مقرر أصوليا إذا اتحد السبب والحكم والموضوع . فالحكم هو التحريم ، والسبب ، علة الإضرار ، والموضوع : الإحتكار ، فيحمل المطلق على المقيد ويكون خاصا بالطعام [2].

3 – أن المقصود من العلة هو الضرر الغالب لا مطلق الضرر ، ويؤيد ذلك الأحاديث التى تفيد أن الإحتكار يكون فى الطعام ، لأن الضرر الغالب يكون فى حبس الطعام ومنعه[3].

---

(1) يراجع : بدائع الصنائع 5 / 193 ، الفتاوى الهندية 3 / 213 ، تبيين الحقائق 6/ 27 ، تكملة المجموع الثانية للمطيعى 13/ 46 ، المبسوط للطوسى 195/2 ، رياض المسائل 5/ 101 ، النيل 178/8 شرح النووى على صحيح مسلم 221/11، سبل السلام 3/ 48، نيل الأوطار 5/ 262 بحوث مقارنة فى الفقه الإسلامى د / محمد فتحى الدرينى 1 / 475 .

(2) كشاف القناع 3/ 187 ، الشرح الكبير بهامش المغنى 4/ 47 . الفروع 4 / 53 ، بحوث فقهية مقارنة فى الفقه الإسلامى د / محمد فتحى الدرينى 1/ 473 – 475 .

(3) يراجع : منهاج العقول 2 / 140 ، إرشاد الفحول 2 / 478 .

المناقشة :

نوقشت أدلة أصحاب القولين الثانى والثالث بما يلى :

1- القول بأن الأحاديث بعضها ورد مطلقا وبعضها ورد مقيدا ويحمل المطلق على المقيد ، هذا وإن كان مسلما أصوليا ، إلا أنه تأويل خلاف ، ولا يصار إليه إلا عند التعارض ولا تعارض ، لأن التعارض ينشأ لو كان لقيد الطعام مفهوم مخالف [1]، لكن الطعام مفهوم لقب واللقب لا مفهوم لــه عند الجمهور ، فدل على نفى الحكم ، وبالتالى لا تعارض فلا موجب للتأويل أو حمل المطلق على المقيد فيعمل بالدليلين المطلق والمقيد وهو التعميم الذى يجرى فى الطعام وغيره .

2- تخصيص الطعام خرج مخرج الغالب لكثرة وقوع الإحتكار فيه ، وإفراد فرد من العام بحكم، لا يخصصه [2].

3- العلة فى الإحتكار ليس ذاته بل ما يترتب على ذلك من أثره من الضرر العام فيعتبر حقيقة الضرر ، فكل ما يؤدى إلى الضرر يمنع ، فالمعتبر حقيقة الضرر لا منشئ المضرر .

4- احتكار سعيد بن المسيب قيل : إنه كان فى وقت حاجة ووقت غلاء ، وقيل : إن هذا ليس إحتكارا بل إدخار وتوسعة لوقت الحاجة ، ورفق وإحسان ، وهذا جائز [1].

---

(1) يراجع : الشرح الكبير بهامش المغنى 4/ 47 ، بحوث فقهية مقارنة د / محمد فتحى الدرينى 1 / 473 – 475 .

(2) مفهوم المخالفة : المفهوم : ما دل عليه اللفظ لا فى محل النطق ، أي يكون حكما لغير المذكور وحالا من أحواله ، وينقسم إلى مفهوم موافقة ومفهوم مخالفة ، فمفهوم المخالفة هو : حيث يكون المسكوت عنه مخالفا لمذكور فى الحكم ، إثباتا ونفيا ، فيثبت للمسكوت عنه نقيض حكم المنطوق به ويتنوع مفهوم لمخالفة إلى أنواع منها : مفهوم اللقب : وهو تعليق الحكم بالاسم العلم نحو : قام زيد أو اسم النوع ، نحو فى الغنم زكاة ، وهو ليس بحجة عند الجمهور ولم يعمل به إلا أبو بكر الدقاق من الشافعية . يراجع : إرشاد الفحول 2 / 519 وما بعدها

القول الراجح :

مما سبق يتضح لى أن ما ذهب إليه جمهور الفقهاء من جريان الإحتكار فى كل ما يحتاج الناس إليه ويضر بهم حبسه هو الراجح، وذلك لقوة أدلتهم، وأيضا العلة الإضرار، فكل ما أضر بالناس أو الحيوان أو الدولة، فمن يمنعه يكون محتكرا لا فرق بين قوت وغيره ، فلا يجوز احتكار العقاقير والأدوية استغلالا لحاجة المرضى ، لأن حاجة هؤلاء إلى الدواء قد تكون أمس وأشد من حاجتهم إلى الطعام، وغير ذلك كثير مما يوقع الناس فى مشقة وحرج ثم يقال لمن قيد القوت بالإحتكار : ما قولهم فى لحتكار الثياب والناس فى حاجة إليه لشدة البرد ، واحتكار المساكن والناس فى العراء بلا مأوى وهم فى أشد الحاجة إليه ، وأيضا.
احتكار النفط والكهرباء والغاز ، فكيف نقول أن فعل ذلك غير محرم مع العلم بأن الحياة اليوم تستحيل بدونهما ، ولو قلنا أنه لا يحرم إلا القوت وفقط ، لركع وسجد لها المستعمر المحتكر مادامت تحرم عليه احتكار القوت ، وتبيح له احتكار الحديد والذهب وغيرهما ، فالجمود على حرفية النصوص طعن فى الدين وشريعة سيد المرسلين .

فلذا كان الإحتكار محرما فى كل ما أضر بالناس إحتباسه لا فرق بين قوت وغيره لآدمى أو لغيره [2].

الشرط الثانى : أن يكون الشيء المحتكر فائضا عن حاجة صاحبه وحاجة من يعولهم .

لقد اتفق الفقهاء على أن الإحتكار ليس هو مطلق الحبس ، لأن الإنسان قد يحبس قوته وقوت أولاده أو من يعولهم لسنة أو أكثر دون أن يكون هذا احتكارا محرما .

---

(1) يراجع : إرشاد الفحول 1 / 391 ، 2 / 530 ، شرح النووى على صحيح مسلم 11 / 221 ، نيل الأوطار 5 / 262 ، سبل السلام 3 / 48 ، 49

(2) يراجع : تبيين الحقائق 6/ 27 ، المحلى 7/ 572 ، شرح النووى علي صحيح مسلم 11/ 221 نيل الأوطار 5 / 262

لما ثبت أن النبى – صلى الله عليه وسلم – كان يدخر لأهله وكان يعطى كل واحدة من زوجاته مائة وسق [1] من خيبر ، فقد روى عن عمر بن الخطاب – رضى الله عنه – أنه قال " كان رسول الله – صلى الله عليه وسلم – يبيع نخيل بنى النضير [2] ويحبس لأهله قوت سنتهم من تمر وغيره " [3].

فهذا الحديث واضح الدلالة على أن حبس الإنسان قوته وقوت من يعولهم حلال مباح وليس من الإحتكار المحرم ، فإذا مازاد عن حاجتهم ، يكون ما زاد من الإحتكار المحرم المنهى عنه ، والذى يجبر صاحبه على بيعه دفعا للضرر عن الأخرين ، ولقد قيل : إن الإدخار فى وقت الرخاء : إدخار وتوسعة ، وهو رفق وإحسان لا استغلال فيه أو إضرار فلم يتحقق فيه علة الاحتكار المحرم [4].

---

(1) يراجع : فقه الإمام جعفر الصادق 3 / 145 ، سبل السلام 3/ 48 / 49 ، نيل الأوطار 5 / 262 شرح النووى لصحيح مسلم 11 / 221 .

(2) الوسق : مكيلة معلومة ، وهى ستون صاعا ، والصاع : خمسة أرطال وثلث ، ويقدر فى العصر الحاضر (2036) جرام ، فيكون مقدار الوسق (122.160) جراما أى مائة وثنتا وعشرون كيلو ومائة وستون جراما . يراجع : المعجم الوسيط 1075 ، الموازين والمكاييل والمقاييس والأحكام الفقهية المتعلقة بها ، رسالة ماجستير لمحمد نجم الدين الكردى ص 180 ، 181.

(3) بنو النضير : اسم قبيلة من اليهود لكانت بالمدينة ، وكانوا هم وقريظة نزولا بظاهر المدينة ومنازلهم بوادى بطحان فتحت حصونهم فى سنة 4 هـ وأخذ أموالهم وينسبوا إلى النضر بن كنانة من العدنانية . يراجع : معجم القبائل 3/ 1183 ، معجم البلدان 5/ 290 .

(4) الحديث : أخرجه البخارى فى صحيحه باب النفقات 190/20 ح / 5357 ط : مكتبة الكليات الأزهرية ، أحمد فى المسند 1 / 25 ، وابن حزم فى المحلى 7 / 573 .

الشرط الثالث : أن يكون الشيء المحتكر مالا متجرا فيه مشترى من سوق البلدة .

تحرير محل النزاع :

لقد اتفق الفقهاء على أن الإحتكار المحرم يكون فيما يشترى من سوق المدينة أو البلدة التى يعيش فيها ، وانتظر الوقت الذى تغلو فيه السلع ليبيع بالثمن الفاحش ويشترى ليضيق على الناس فى بلد فيه ضيق [1] .

ولكنهم اختلفوا فيما إذا كان هذا الشيء المحتكر مجلوبا – أى مستورداً من خارج البلدة أو المدينة واحتبسه ، أو كان منتجا من ضيعته [2] أو اشتراه فى وقت سعة ، فهل يعد محتكرا أم لا ؟ **وذلك على قولين :**

القول الأول :

ذهب إليه [3]: " بعض الحنفية ، وبعض المالكية ، وبعض الحنابلة ، والظاهرية ، والزيدية والإمامية " : إلى أن الإحتكار يجرى ويكون حراما إذا احتكر الجالب ما جلبه أو أخرجه من زرعه وصناعته ، فلا فرق بين المشترى من سوق المدينة

---

(1) يراجع : تبيين الحقائق 6/ 28 ، بدائع الصنائع 5/ 193 ، المنتقى 15/5، 16 . تحفة المحتاج 4/ 318 ، تكملة المجموع للمطيعي 13 / 46 ، مطالب أولى النهى 3 / 65 ، كشاف القناع 3 / 188 ، المحلى 7 / 572 ، 573 ، البحر الزخار 4/ 319 ، الروض النضير 3/ 308 المبسوط للطوسى 2/ 195 ، شرح كتاب النيل 8/ 177 ، نيل الأوطار 5 / 262

(2) يراجع : الفتاوى الهندية 3 / 213 ، 214 . المنتقى 5/ 17 . مغنى المحتاج 2/ 53 تكملة المجموع للمطيعي 13/ 47 ، كشاف القناع 3 / 187 . الفروع 4 / 53 . الإنصاف 4 / 339 ، المحلى 7 / 572 ، الروض النضير 3 / 308 . رياض المسائل 5/ 101 . النيل 8 / 175 .

(3) الضيعة هى : الأرض المغلة ، والعقار ، والعمل النافع المربح ، كالتجارة والصناعة وغيرهما من الحرف ،وقد تطلق على الربح نفسه . ويقال : فشت عليه ضيعته : إذا كثر ماله . جمع ضياع ، وضيع . يراجع : المصباح المنير 218 ، المعجم الوسيط 573 . المعجم الوجيز 384 .

وبين المنتج من الأرض أو المجلوب ، مادام يؤدى ذلك الإحتكار إلى الضرر المنهى عنه ، ولو اشتراه فى وقت سعة [1].

القول الثانى :

ذهب إليه " جمهور الحنفية، وجمهور المالكية ، والشافعية ، وبعض الحنابلة ، والإباضية ، والأوزاعى" [2]. إلى أن الشيء المجلوب من الخارج أو المنتج من زراعته أو صناعته ، فحبسه لا يعد من قبيل الاحتكار المحرم [3].

ولعل سبب إختلافهم يرجع إلى تعارض الأدلة وفهم المقصود من منع الإحتكار .

الأدلـــة

أدلة القول الأول :

استدل أصحاب هذا القول على أن الشيء المجلوب أو الخارج من الضيعة كالمشترى من داخل البلدة إذا حبسه يكون محتكرا وذلك بما يلى :

---

(1) يراجع : الفتاوى الهندية 3/ 213 ، 214 ، بدائع الصنائع 5/ 192 ، المنتقى 5/ 17 ، المعونة 2/ 60 /61 ، الفروع 4/ 53 ، المحلى 7 / 572 ، الروض النضير 3 / 308 ، البحر الزخار 4/ 319 ، رياض المسائل 101/5 – 103 ، شرائع الإسلام 2/ 21 ، فقه الإمام جعفر 3/ 143 .

(2) الأوزاعى هو : أبو عمر عبد الرحمن بن عمرو بن محمد الأوزاعى ، ولد ببعلبك سنة 88هـ كان من رجال الحديث ثم اشتهر بالفقه ، وظهر مذهبه فى الشام، ولم يكن بها أعلم منه ، واضمحل أمام مذهب الشافعى، ومالك فى منتصف القرن الثالث الهجرى، سمع من عطاء والزهرى وغيرهما وروى عنه الثورى، وابن المبارك، وغيرهما ، توفى " رحمه الله تعالى" سنة 157 هـ . يراجع : وفيات الأعيان 3 / 127 ، شذرات الذهب 1 / 241 ، سير أعلام النبلاء 107/7 ، تذكرة الحفاظ 1 / 178 .

(3) يراجع : تبيين الحقائق 28/6 ، مختصر اختلاف العلماء للطحاوى 3/ 422 ، ط : دار البشائر بيروت ، المنتقى 5 / 17 ، المعونة 2 /60 ، 61 ، حاشية الجمل 3/ 93 ، مغنى المحتاج 53/2 تكملة المجموع الثانية للمطيعي 13/ 47 ، كشاف القناع 3 / 187 ، مطالب أولى النهى 63/3 الإنصاف 4/ 339 ، شرح كتاب النيل 175/8 ، شرح النووى على صحيح مسلم 11/ 221 . نيل الأوطار 5 / 262 .

1- إن حبس القوت أو غيره إذا أدى إلى الضرر يعد احتكارا لا فرق بين المجلوب أو الخارج من الأرض أو المشترى من السوق ، لأن الحكم يدور مع علته وجودا وعدما فالعلة هى الضرر ، فإذا وجد الضرر، وجد الحكم وهو المنع.

2- التفريق بين الشيء المحتكر إن كان من ضيعته أو مستوردا ، أو مشتريا من السوق ، تفريق لا يستند إلى دليل مقنع ، ولا يصلح تميزا لأنواع الإحتكار ، لأنها كلها تؤدى إلى الإضرار والتضييق على الناس [1].

أدلة القول الثانى :

استدل أصحاب هذه القول على أن الشيء المجلوب أو الخارج من الضيعة من يحسبه لا يعد محتكرا بالسنة والآثار والمعقول :

من السنـــة :

ما روى أن رسول الله – صلى الله عليه وسلم – قال : " الجالب مرزوق والمحتكر ملعون " [2].

وجه الدلالة من هذا الحديث :

يدل هذا الحديث على أن النبى – صلى الله عليه وسلم – فرق بين الجالب والمحتكر حيث ذم المحتكر ، لأنه آثم بإضرار الناس والتضييق عليهم ، ومدح الأول ، لأنه من شأنه أن يوسع عليهم [3].

من الآثـــار :

ما روى عن عمر بن الخطاب – رضى الله عنه – أنه قال : أيما جالب جلب على عمود كبده فى الشتاء والصيف فذلك ضيف عمر فليبع كيف شاء وليمسك كيف شاء الله [4].

---

(1) يراجع : بدائع الصنائع 5/ 192 ، المعونة 2 / 60 ، 61 ، الفروع 4 / 53 ، المحلى 7/ 572 البحر الزخار 4/ 319 ، شرائع الإسلام 2 / 21 ، فقه الإمام جعفر الصادق 3 / 143 .

(2) الحديث سبق تخريجه ص : 170

(3) يراجع : المنتقى للباجى 5 / 17 ، سنن البيهقى 6 / 30

(4) الأثر : سبق تخريجه ص 170

وجه الدلالة من هذا الأثر :

يدل هذا الأثر على أن الصحابى عمر " رضى الله عنه " قد جعل الجالب نزيلا له وضيفا ، وأنه يتصرف كيف يشاء [1].

من المعقــول :

1- حق العامة قد تعلق بالشيء المشترى من الداخل أو من مكان قريب ، فحبسه إلحاق ضرر بهم ، لأنه منع حق العامة ، وهو ظلم ، ولا يوجد فيمن اشترى من الخارج وجلبه، لأنه بإمكانه أن لا يشترى ولا يزرع فكذا له أن لا يبيع .

2- علة الاحتكار وقوع الضرر والظلم ، والجالب لا يضر أحد ولا يظلمه ، بل ينفع الناس ، لأنه أطيب لقلوبهم إذا علموا أن عنده طعام معدا للبيع [2].

المناقشة

مناقشة أدلة القول الثانى :

ناقش أصحاب القول الأول ما استدل به أصحاب القول الثانى بما يلى :

1- التفرقة بين الجالب والمحتكر معقولة إذا كان قصده التوسعة على الناس فكان ميسرا له فى رزقة ومباركا فيه ، لأنه وفرّ لهم ما يسد حاجاتهم ، أما إذا جلب وامتنع عن البيع حتى جعل الناس فى ضيق وعسر،فإنه يمنع،لأنه يعد محتكراً لا جالبا ، وأضر بالناس .

2 - بعض الأحاديث جاء مطلقا فقال : صلى الله عليه وسلم - " لا يحتكر إلا خاطئ [1] يشتمل ما كان مجلوبا وما كان مشتريا إذا احتكر وامتنع عن بيعه .

---

(1) يراجع : موطأ مالك 2 / 34 ، سنن البيهقى 6 / 30

(2) يراجع : تبيين الحقائق 6 / 28 ، المنتقى 5 / 17 ، المعونة 2/ 60 / 61 ، حاشية الجمل 3/ 93 تكملة المجموع للمطيعي 13/ 47 ، كشاف القناع 3 / 187 ، شرح كتاب النيل 8 / 175 ، شرح النووى على صحيح مسلم 11 / 221 ، نيل الأوطار 5 / 262 .

3 – أنهم توقعوا الجلب ، والتوقع كان لتعلق حقهم ووقوع الضرر عند الحبس ولو لم يجلب لا نطلق غيره وجلب ، وأنه كان مصدر الضرر ، فيكون الإحتكار غير مشروع [1].

القول الراجــح :

يبدو لى أن القول الراجح ما ذهب إليه أصحاب القول الأول من جريان الإحتكار المحرم فى كل شيء أضر بالناس حبسه سواء كان مجلوبا من الخارج ، أو منتجا من الضيعة أو مشترى من سوق المدينة ، اشتراه فى وقت الغلاء أو فى وقت الرخص إذا قصد التضييق على الناس وتربص الغلاء ، لأنه يؤدى إلى الضرر ، وذلك لقوة أدلتهم وسلامتها ، ولاتسامه مع روح التشريع واتفاقه مع العلة التى من أجلها حرم الإحتكار .

الشرط الرابع : أن يحبس السلع في الوقت الذى يحتاج الناس إليه .

تحرير محل النزاع :

لقد اتفق جمهور الفقهاء على أن الإحتكار المحرم يكون فى الوقت الذى يحتاج الناس فيه إلى السلع المحتكرة وتكون غير متوافرة عند غيره من التجار .

وكذلك اتفقوا على أنه إذا كانت هذه السلع متوافرة موجودة عند غيره ، ولا يحتاج الناس إلى ما عنده فلا يعد محتكرا لعدم وقوع الضرر بالناس[2] [3].

ولكنهم اختلفوا فى المدة التى يكون فيها الشخص محتكرا إذا حبس ما يحتاج الناس إليه ومنعه عنهم وذلك على الأقوال الآتية :

---

(1) الحديث سبق تخريجه ص 168 .

(2) يراجع : تبيين الحقائق 6/ 28 ، المنتقى 5 / 17 ، الفروع 4 / 53 ، المحلى 7 / 572 ، السيل الجرار 3 / 79 / 80 ، المختصر النافع 120 ، شرائع الإسلام 2 / 21 .

(3) يراجع : بدائع الصنائع 5/ 193 ، تبيين الحقائق 6 / 27 ، المنتقى 5/ 16 . تكملة المجموع الثانية للمطيعى 13 / 48 ، الفروع 4 / 53 ، شرائع الإسلام 2 / 21 ، نيل الأوطار 5/ 263 . إحياء علوم الدين للغزالى 2 / 114 .

القول الأول :

إذا قصرت المدة لا تكون حراما ، وإذا طالت تكون إحتكارا محرما لتحقق الضرر وهى مقدرة بأربعين يوما ، وذلك إعتمادا على ظاهر حديث عبد الله بن عمر – رضى الله عنهما – أن رسول الله – " صلى الله عليه وسلم " قال : من احتكر طعاما أربعين ليلة .... الحديث " [1].

فمن حبس طعاما أو ما يحتاج الناس إليه ولو أضر بهم منعه أقل من أربعين يوما لا يعد محتكرا ، وقال الإمام الشوكانى : لم أجد من ذهب إلى العمل بهذا العدد [2]0

القول الثانى :

أقل مدة الإحتكار شهر ، لأن ما دونه قليل عاجل ، والشهر فما فوقه كثير آجل وقيل : من حبس ما يحتاج الناس إليه أكثر السنة يعد محتكرا .

القول الثالث :

الإحتكار احتكار طالت المدة أم قصرت ، والمحتكر آثم ، لأن القليل والكثير سواء فى حق الحرمة لتحقق الظلم، والتقييد فى الحديث المذكور لا يراد به التحديد، بل المراد جعل المحتكر الإحتكار حرفة يقصد بها نفع نفسه وإلحاق الضرر بغيره.

وقد قيل : إن المدة للمعاقبة فى الدنيا ، أى أن تقدير مدة الإحتكار للمعاقبة فى الدنيا فيعزره الإمام ويهدده ، ويجبره على البيع دفعا للضرر وإلا باع الإمام جبرا عنه ، أما الإثم والذنب فيحصل بالحبس وإن قلت المدة [3].

---

(1) الحديث : سبق تخريجه ص 170 .

(2) يراجع : الهداية شرح البداية بهامش تكملة شرح فتح القدير 10 / 58 ، نيل الأوطار 5 / 263 .

(3) يراجع فى الأقوال السابقة : الهداية شرح البداية بهامش تكملة شرح فتح القدير 58/10 ، بدائع الصنائع 5 / 193 ، تبيين الحقائق وحاشية الشلبى 6/ 27 / 28 ، المنتقى 5 / 16 ، تكملة المجموع للمطيعى 13/ 48 ، الفروع 4 / 53 ، شرائع الإسلام 2 / 21 ، وسائل الشيعة 12/ 312 ، نيل الأوطار 5 / 263 .

فالإحتكار إحتكار طالت المدة أو قصرت مادامت مضرة بالناس وكانوا فى حاجة إليه فإذا لم تتوافر الشروط السابقة فلا يحرم الاحتكار لأنه لا مضرة فيه ، أما إذا توافرت فإنه يكون محرما ، ويؤمر بالبيع للشيء المحتكر ، فإن أبى بـــاعه القاضى جبرا عنه ، وهذا أوضحه فيما يلى :

ثانيا : تملك الأشياء المحتكرة جبرا على محتكريها :

إن أحوال الناس عرضة للتغيير والتبديل من سعة إلى ضيق ، ومن ضيق إلى سعة ، كما أن الأسعار تتغير وتتبدل ، لأن ذلك من سنة الله فى خلقه ، فإن حدث أن أخذ الله الناس بالسنين ونقص من الأموال والثمرات ، فإنه على أصحاب الأقوات والحاجات المدخرة أن يخرجوها لعباد الله تفريجا للكرب طوعا واختيارا منهم بوازع دينى يغرسه فى نفوسهم الأحاديث الدالة على تحريم الإحتكار والتهديد والوعيد بالعذاب الشديد .

وذلك من أجل رفع البلاء والضيق عن الناس ما أمكن ذلك ، ويكفوا عن الاحتكار رغبة ورهبة مقدرين أن ما عند الله خير وأبقى ، لأنه ما سمح لهم بالشراء والادخار فى الأوقات العادية إلا ليكون ذلك تفريجا للمضطرين عند الضرورة ، وإلا كان إدخارهم هذا إحتكارا . .

فإن لم يستجيبوا للوازع الدينى الذى ينبع من أصل عقيدتهم لضعف فى نفوسهم أو لسيطرة المادة على عقولهم ، حتى أصبحت الدنيا فى قلوبهم استغلالا لظروف معينة جريا وراء بريق الدنيا وزخرفها الخادع .

فهنا يتدخل ولى الأمر من أجل رعاية المصلحة العامة التى هى أساس ولايته على الرعية فيأمرهم بإخراج ما عندهم تقديما للمصلحة العامة على المصلحة الخاصة .

ويأمر المحتكر بالبيع لما فيه من إضرار بالمسلمين ولما ثبت من تحريمه ، ولا يجوز للحاكم تقريره على الحرام بتركه يتحكم فى أرزاق المسلمين ، وتركهم يتلهفون من الجوع صيانة لهذا المحتكر الخاطئ المضر للمسلمين .

فإن امتنع المحتكر عن بيع ما احتكره والناس فى حاجة إليه طواعية واختيارا فإنه يرفع أمره إلى القاضى أو من يتولى أمر المسلمين ، فيأمره ببيع ما فضل عن قوته وقوت من يعولهم على اعتبار السعة فى ذلك رفعا للظلم الذى أحدثه بالاحتكار فإن امتثل فبها ونعمت .

وإن امتنع ولم يفعل ما أمره به ولى الأمر أو القاضى ، رفع أمره إليه مرة ثانية ويؤخذ إلى السلطة المختصة فتعظه وتهدده ، فإن لم يمتثل إلى أمر القاضى ورفع أمره إليه مرة ثالثة ، فإنه يحبسه ويعزره بما يراه مناسبا حتى يمتنع عن الاحتكار ويزيل الضرر عن الناس .

فإذا خالف وأصر على الامتناع عن البيع .

فلقد اتفق الفقهاء على أن القاضى يجبره على بيع ما احتكره بنفسه ، لأنه تعلق به حق العامة من الناس ، فإذا امتنع فقد منعهم حقهم ومنع الحق عن المستحق ظلم وحرام فيجبره القاضى عليه إزالة للظلم عن الناس وتحقيقا للربح المعقول للتاجر توفيقا بين المصلحتين .

فإذا امتنع عن البيع بنفسه فهل يبيع القاضى جبرا عنه أم لا ؟

قيل : على الخلاف الذى سبق أن أوضحناه فى بيع مال المدين جبرا عنه [1].

وخلاصته أنه على قولين :

القول الأول : ذهب إليه جمهور الفقهاء " المالكية والشافعية ، والحنابلة ، والظاهرية، والزيدية ،و الإمامية ، والإباضية " ، أن القاضى يبيع مال المحتكر جبرا عنه .

القول الثانى : ذهب إليه " أبو حنيفة "، أن القاضى لا يبيع ، لأنه لا يرى الحجر على الحر البالغ والحقيقة أنه لا خلاف بين الفقهاء جميعا فيبيع القاضى هنا مال المحتكر اتفاقا إن امتنع عن البيع بنفسه ، لأن أبا حنيفة – يرى الحجر لدفع الضرر كالحجر على الطبيب الجاهل ، فإنه يرى الحجر فى مثل هذه الحالة دفعا للضرر

---

(1) يراجع : ص 66 وما بعدها .

عن العامة، وقال ابن حزم الظاهري : يمتنع من الحكرة المضرة بالناس فى الشراء وفى إمساك ما اشترى ، ولم يتطرق إلى البيع جبرا ، ولكن يفهم منه أنه إن امتنع يجبر على البيع ، ولقد قيل : إجبار المحتكر على البيع جائز إن لم يكن واجبا ، لأنه من باب الأمر بالمعروف والنهى عن المنكر وهما واجبان على كل مكلف [1].

فلذا يبيع القاضى أو من ينبيه عنه مال المحتكر أو الأشياء المحتكرة الزائدة على قدر حاجته وحاجة من يعولهم وتملك لمن هم فى حاجة إليها جبرا عن أصحابها بثمنها أو بقيمتها .

ولقد اتفق جمهور الفقهاء (الحنفية، الشافعية، الحنابلة، الزيدية، الإمامية) على أن الشيء المحتكر يباع بقيمة المثل ، ويعفى من الزيادة التى يتغابن فى مثلها، أو بالسعر الذى كان ساريا قبل الاحتكار عدلا حتى لا يضار هو ولا الناس [2].

وذهب المالكية والإباضية إلى أنه يجبر على البيع ، أو يباع عليه بالسعر الذى كان قد اشترى به ، وإن لم يعرف بيع بسعر يوم احتكاره ، لأنه واجب عليه وللحاكم أن يبيع بنفسه أو نائبة دون أن يجبره على البيع ويحرم المحتكر من الربح.

ويؤخذ منه عقوبة له على معصية الاحتكار ومعاملة بالنقيض ، ويتصدق بالربح أدبا لهم ، وقيل : لا يبيع أكثر مما اشترى ولو باع بربح أخذ منه الربح وليس لهم إلا رؤوس أموالهم [1].

---

(1) يراجع فيما تقدم : الهداية والعناية بهامش تكملة شرح فتح القدير 58/10 ، بدائع الصنائع 5/ 193 الفتاوى الهندية 3/ 213 – 214 ، تبيين الحقائق وحاشية الشلبى 6/ 28 ، المنتقى للباجى 5/ 17 حاشيتى الشروانى والعبادى 4/ 318 ط : دار الفكر ، حاشية الجمل 3 / 93 ، تكملة المجموع للمطيعى 13/ 48 كشاف القناع 3/ 188 ، الإنصاف 4/ 399 ، الفروع 4/ 54 ، مطالب أولى النهى 3/ 64 ، المحلى 7 / 572 ، البحر الزخار 4/ 319 ، 320 ، الروض النضير 3/ 308 ، السيل الجرار 3/ 80/ 81 ، شرائع الإسلام 2/ 21 ، المبسوط للطوسى 195/2 ، الروضة الندية 2 / 104 ، شرح كتاب النيل 179/8، 180 ، الفقه الإسلامى وأدلته للزحيلى 4/ 2694 ، شرح النووى لصحيح مسلم 11/ 221 .

(2) يراجع : تبيين الحقائق 6/ 28 ، مختصر اختلاف العلماء للطحاوى 3/ 422 ، مغنى المحتاج 2 / 53 ، مطالب أولى النهى 3/ 64 ، كشاف القناع 3/ 188 ، الفروع 4/ 54 ، السيل الجرار 80/3، البحر الزخار 4/ 319 ، 320 ، المبسوط للطوسى 2/ 195 ، الفقه الإسلامى للزحيلى 4/ 2694 .

أما إذا خاف الحاكم هلاك أهل البلد وخاف تلف الطعام المحتكر ، أخذه من المحتكرين جبرا عنهم وفرقه عليهم للضرورة .

فإن تبدلت الأحوال وأصبحوا في سعة من العيش ، وبسط الله عليهم الرزق ، ردوا مثل ما أخذوا إن كان مثليا [2] أو قيمته وقت توزيع الشيء المحتكر إن كان قيميا [3] وليس هذا حجرا وإنما هو للضرورة .

وقيل ، يجبر على بيعه قياسا على من اضطر إلى مال غيره وخاف الهلاك ، فإنه يجوز له أخذه بغير رضاه جبرا عنه ، ويجوز قتال المحتكر عند الإمتناع عن البيع ، فإن قتل المضطر إلى الطعام فهو مظلوم ، وإن قتل صاحب الطعام فدمه هدر ، لأن ما كان سببا للحرام فهو حرام ، لأن بامتناعه عن بذله للمضطرين إليه إعانة على قتلهم ، وقد ذمه الله على منع ذلك بقولـــه تعالى : ﴿ ويمنعون الماعون﴾[4]، والمسلمون متكافلون متعاونون على السراء والضراء مصداقا لقوله تعالى : ﴿ **وتعاونوا على البر والتقوى ......** ﴾ [5].

---

(1) يراجع : المنتقى للباجى 5/ 17 ، شرح كتاب النيل 8/ 179 ، 180 ، الفقه الإسلامى وأدلته للزحيلى 4 / 2695 .

(2) المثلى لغة : من له مثل شكلا وصورة من أصل الخلقة كالحبوب ، ويستعمل على ثلاثة أوجه : الشبية ، نفس الشيء ، ذاته ، ولا تكون المماثلة إلا بين المتفقين فنقول : نحوه كنحوه وفقهه كفقهه بخلاف المساواة فإنها تكون بين المتفقين في الجنس والمختلفين .....

واصطلاحا : كل ما حصره كيل أو وزن أو عدد .

يراجع : المصباح المنير 334، المعجم الوسيط 890 ، 891 ، مغنى المحتاج 2/ 381 ، أحكام المعاملات الشرعية للشيخ على الخفيف 37 .

(3) القيمى لغة : القدر فيقال : قيمة الشيء قدره ، وقيمة المتاع ثمنه ، جمع قيم .

واصطلاحا : ما حيز وجاز الإنتفاع به شرعا في حال السعة والاختيار .كالنقود ، والعروض والدور أو هو مالا يكال أو يوزن ، وما ليس له مثل ، وما لا يقدر من الأموال .

يراجع : المعجم الوسيط 802،803 ، أحكام المعاملات الشرعية للشيخ على الخفيف 34، 38 .

(4) الآية رقم 7 من سورة الماعون .

(5) جزء من الآية رقم 2 من سورة المائدة .

هذا وقد اتضح أن المحتكر يجبر على البيع ، أو يباع ما احتكره جبرا عنه ، وفى ذلك إخراج للسلع من ملكه بغير رضاه ويتملكها المستحقون لها أو المحتاجون إليها جبرا عن أصحابها دفعا للضرر عنهم ، لأنهم فى حاجة إليها ، ومثل هذا الإجراء من جبر المحتكر يرد كيده فى نحره ، ويحرم من الربح المتوقع فى نظره ماديا ، ومعنويا بتوبيخه واحتقاره من قبل الحاكم والناس ، وذلك كفيل بأن يرده إلى صوابه ويمنعه من الاحتكار [1] .

---

(1) يراجع : تبيين الحقائق وحاشية الشلبى 6/ 28 ، بدائع الصنائع 5/ 193 ، الفتاوى الهندية 3/ 213 214 ، الموافقات للشاطبى 3/ 257 ، كشاف القناع 3/ 188 ، مطالب أولى النهى 3/ 64 الفروع 4/ 54 ، الروض النضير 3/ 308 ، فقه الإمام جعفر الصادق 3/ 142 ، شرح كتاب النيل 8 / 179 ، شرح النووى لصحيح مسلم 11/ 221 ، الفقه الإسلامى وأدلته للزحيلى 4/ 2615 2695، بحوث فقهية معاصرة د / محمد الأشقر 2/ 491 ، الطرق الحكمية فى السياسة الشرعية لابن قيم 252 ، تحقيق محمد جميل ط : دار المدنى للطباعة والنشر – جدة السعودية ، ولاية الحسبة فى الإسلام د / عبد الله محمد عبد الله 404 .

الفرع الثانى
شروط الاحتكار وتملك الأشياء المحتكره جبرًا على محتكريها فى القانون الوضعى

تمهيد :

إن المشرع الوضعى لم يتناول الاحتكار بصورته المعروفة عند فقهاء المسلمين ، ولكنه حاول معالجة بعض صور الاحتكار عن طريق عقود الإذعان التى نظمها والتى استحدثت فى بداية القرن الماضى .

ومن خلال معالجة المشرع الوضعى لبعض صور الاحتكار يتضح أن السلع المحتكرة والتى يتحكم فيها أصحابها قد تملك جبراً عنهم لمن هم فى حاجة إليها عن طريق تدخل القاضى بسلطته التى منحها له القانون بتعديل الشروط التعسفية أو الإعفاء منها لصالح الطرف المذعن ، أو تفسير الغموض الموجود فى العقد لصالحه ، وهذا ما سأوضحه فيما يلى :

كيفية معالجة المشرع الوضعى لبعض صور الاحتكار :

لقد ألزم المشرع الوضعى الطرف القوى فى عقد الإذعان والذى يصدر منه الإيجاب بمراعاة ما يلى :

1 – أن يصدر الإيجاب فى صورة قاطعة مشتملا على كل شروط العقد الجوهرية والتفصيلية .

2 – أن يكون الإيجاب عاما موجه إلى الجمهور كافة بشروط متماثلة .

3 – أن يكون الإيجاب دائما يصدر على نحو مستمر .

4 – أن يكون الإيجاب حتميا فمن يحتكر سلعة أو مرفقا يعتبر من الضروريات الأولية للجمهور يتحتم عليه أن يكون فى حالة إيجاب طوال مدة الاحتكار .

ففى حالة الاحتكار القانونى يكون على المحتكر بمقتضى عقد الإلتزام المبرم بينه وبين السلطة العامة أن يقدم السلعة أو يؤدى الخدمة لكل من يطلبها من الجمهور .

وفى حالة الاحتكار الفعلى كذلك مادام الأمر يتعلق بسلعة ضرورية أو مرفق ضرورى ، فكلما تأكدت صفة الضرورة بالنسبة إلى العمل الذى يقوم به المحتكر كان مطالبا بسد حاجات الجمهور فى شأنه .

وإذا كان الموجب يتمتع باحتكار قانونى فلا يجوز له أن يرفض القبول الذى يوجه إليه ، إذ هو ملزم بالاستجابة لطلبات الجمهور بمقتضى عقد الالتزام بالشروط التى يحددها العقد .

وإذا كان يتمتع باحتكار فعلى فلا يحق له أن يرفض القبول إلا لسبب مشروع وإلا كان متعسفا فى هذا الرفض وترتبت مسئوليته [1].

وإن كان للموجب أن يرفض القبول فى بعض الصور لسبب مشروع فأساس ذلك أن تكون هناك تحفظات ضمنية فى الإيجاب تتعلق بصالح العمل الذى يقوم به ، فيكون استعداد الموجب للتعاقد فى حدود طاقة المشروع كما هو الحال بالنسبة لمصلحة السكك الحديدية التى تستطيع أن ترفض المسافرين إذا كانت الأماكن قد نفذت [2].

فالمشرع الوضعى قد أضفى على الطرف الضعيف فى عقود الإذعان وأولاهم بعض الاهتمام ، حينما وضع لهم بعض الحماية عند التعامل مع المحتكرين نظرا لضعف مركزهم القانونى والإجتماعي ، واعتبر عقد الإذعان عقدا صحيحا واعتد بقبول الطرف المذعن لمشيئة الطرف الآخر فلم يغفل عن أنه قد ميز هذه العقود بطبيعة خاصة تقوم على التفاوت بين مركز كل من طرفيه ، حيث يوجد أحدهما فى

---

(1) يراجع : النظرية العامة للالتزامات نظرية العقد د / عبد الرزاق السنهورى 280 – 282 ، مصادر الالتزام د / عبد المنعم فرج الصدة 111 وما بعدها ؛ مجموعة أحكام محكمة النقض طعن 936 لسنة 37 ق نقض مدنى جلسة 1974/3/12 حيث قررت أن الإعلان عن إنتاج سيارة يعد إيجابا بالبيع ملزما للشركة المعلنة .

(2) يراجع : مصادر الالتزام د / عبد المنعم الصدة 111 – 113 ، النظرية العامة للالتزامات ، نظرية العقد د/ السنهورى 280 – 282 .

مركز سيادى إلى الأخر سمح له أن يملى شروطه وليس للأخر إلا الرضوخ والإذعان لمشيئته .

ولقد أدى هذا الاعتبار إلى وضع المشرع أحكاما تستهدف حماية الطرف المذعن وتتمثل هذه الحماية التى يسبغها القانون على الطرف الضعيف فى عقود الإذعان فى مظهرين أساسيين هما :

1 – الحماية من الشروط التسعفية (سلطة القاضى فى تعديل شروط عقود الإذعان أو الإعفاء منها) .

فعقد الإذعان فى حقيقته من إعداد محتكر السلعة أو الخدمة الذى أملى شروطه على الطرف المذعن فمن الممكن أن يتضمن شروطا تعسفيه جائزة لهذا الأخير ، وهذا ما يحدث بالفعل فى الواقع ، مما دعا الفكر القانونى والمشرع الوضعى إلى أن يعمل جاهدا إلى حماية الطرف المذعن من تلك الشروط .

حيث نصت المادة 149 من القانون المدنى بقولها :

" إذا تم العقد بطريق الإذعان وكان قد تضمن شروطا تعسفيه ، جاز للقاضى أن يعدل هذه الشروط أو أن يعفى الطرف المذعن منها ، وذلك وفقا لما تقضى به العدالة ، ويقع باطلا كل اتفاق على خلاف ذلك " .

فمن خلال هذا النص يتضح أن الحماية التى وضعها المشرع الوضعى للطرف المذعن تتمثل فى سلطة القاضى فى تعديل العقد إذا تضمن شروطا تعسفية تحمل طابع الشدة والجور وتلحق بالطرف المذعن .

وإن كان فى الأصل أن سلطة القاضى تقف عند التفسير ، فأباح له المشرع الوضعى عند طلب الطرف المذعن ورفع الأمر للقاضى طالبا الحكم بتعديل الشروط بما يرفع عنه إجحافها أو بإعفائه منها على نحو ما تقتضيه العدالة [1].

---

(1) يراجع : مجموعة الأعمال التحضيرية 2/ 291 ، دروس فى مصادر الالتزام د / لاشين الغاياتى 66 ، الوافى فى شرح القانون المدنى – نظرية العقد د / سليمان مرقس 184 ، 185 ، مصادر الالتزام د/ رمضان أبو السعود 84 .

فإذا بان للقاضى أن العقد يشتمل على شرط تعسفى كان له بمقتضى هذا النص أن يعدل الشرط بحيث يزيل ما فيه من تعسف ، بل له أن يعفى الطرف المذعن منه إعفاءا تاما وليس هناك حدود لما يراه فى هذا الشأن إلا ما تقتضيه العدالة .

وهذا النص يعتبر أداة فعالة يستطيع بها القاضى أن يحمى الطرف المذعن من الشروط التعسفية التى يفرضها عليه محتكر قانونى أو فعلى .

ويجوز للطرف المذعن طلب تلك الرخصة فى أى حالة كانت عليها الدعوى أمام قاضى الموضوع ، ولا يجوز التمسك بها لأول مرة أمام محكمة النقض ، لأن التمسك بها يتخالط مع واقع ، ولا يجريها القاضى من نفسه بل لابد من طلب الطرف المذعن .

وتقدير ما إذا كان الشرط تعسفيا مسألة وقائع يتبين منها القاضى فى ضوء الظروف مدى ما فى الشروط من جور وشدة .

وتعتبر الشروط تعسفية إذا كانت متجافية مع ما ينبغى أن يسود التعامل من روح الحق والعدل .

وتثبت حماية الطرف المذعن من هذه الشروط ولو كان يعلم بها وقت التعاقد ورضى بها .

وهذا الحق الذى يقرره القانون للطرف المذعن فى طلب تعديل الشروط التعسفية التى يتضمنها العقد أو الإعفاء منها متعلق بالنظام العام فيثبت له ولو اتفق على غير ذلك أو سلب القاضى هذه السلطة كان هذا الإتفاق باطلا ، لأن هذا الحق يستهدف حماية الضعفاء من الناس من جور القوى الإقتصادية الكبرى [1].

---

(1) يراجع : مصادر الالتزام د / عبد المنعم الصدة 120 ، موسوعة القانون المدنى – نظرية العقد والإرادة المنفردة د / عبد الفتاح عبد الباقى 212 – 215 ، عقد الإذعان بحث منشور فى مجلة كلية الشريعة والقانون بطنطا د / لاشين الغاياتى العدد الأول ص32 ، الموجز فى النظرية العامة للالتزامات د/ محمود زكى 319 . الموجز فى النظرية العامة للالتزامات – مصادر الالتزام د/ عبد الودود يحيى 45 . مجموعة أحكام محكمة النقض س 21 ص 305 قاعدة رقم 214 طعن 169 لسنة 36 ق نقض مدنى جلسة 31/ 12/ 1970م . طعن 271 لسنة 33ق نقض مدنى جلسة 30/5/ 1967م .

2 – تفسير الشك فى مصلحة الطرف المذعن :

لا تقف حماية المشرع الوضعى للطرف المذعن عند تخويله الحق فى طلب تعديل الشروط التعسفية التى قد يتضمنها العقد أو إعفائه منها من القاضى، بل قرر لــه مظهرا آخر من مظاهر حمايته إياه ، يتمثل فى وجوب تفسير الشك إن وجد لمصلحته .

وفى ذلك تنص المادة 151 الفقرة الثانية بقولها :

" ومع ذلك لا يجوز أن يكون تفسير العبارات الغامضة فى عقود الإذعان ضارا بمصلحة الطرف المذعن " .

فمن خلال هذا النص يتضح أنه عندما يتسم شرط من شروط عقد الإذعان بغموض، ولم تسعف طرق التفسير القاضى فى تبديد هذا الغموض وإزالته ، وبقى ثمة شك فيما أراده العاقدان من عبارة الشرط .

وجب على القاضى تفسر هذا الشك فى مصلحة الطرف المذعن وذلك دائما وفى كل الأحوال ، ولا يجوز أن يكون ضارا به .

لأن الأصل أنه عند الشك تفسير العبارة الغامضة لمصلحة المدين [1].

ولكن استثنى المشرع الوضعى من ذلك عقود الإذعان حيث يتعين التفسير لمصلحة الطرف المذعن دائنا أو مدينا ، لأن الطرف القوى هو الذى ينفرد بتحرير العقد ولديه من الوسائل ما يستطيع به أن يورد عبارات غاية فى الوضوح ، فإذا شابها غموض كان ذلك راجعا إليه ، وعليه يقع تبعة ما فيها من لبس أو غموض ، والطرف المذعن لا يد له فى وضع شروط العقد .

---

(1) يراجع : مجموعة الأعمال التحضيرية 2/ 299 ، مصادر الالتزام د / رمضان أبو السعود 84 .

وتحديد معنى الشك ومتى يوجد من مسائل القانون التى تخضع لرقابة محكمة النقض ولا يجوز التمسك بقاعدة عدم جواز تفسير الشك إضرارا به ، لأول مرة أمام محكمة النقــض [1].

فمن خلال ما سبق وبعد بيان كيفية معالجة المشرع الوضعى لبعض الصور الاحتكارية فى عقود الإذعان عن طريق تعديل الشروط التعسفية أو الإعفاء منها ، أو تفسير الشك أو الغموض لصالح الطرف المذعن يتضح أنه قد يكون فى ذلك تملكا جبريا للسلع والمرافق للطرف المذعن جبرا عن المحتكر ، لأنه ما تعاقد إلا بناءاً على شروط وضعها مسبقا فإذا ما سلبت أو عدلت فيكون قد تعاقد على غير إرادته وخرجت السلعة إلى الغير جبرا عنه .

---

(1) يراجع : مصادر الالتزام د / عبد المنعم الصدة 120 ، 323 ، نظرية العقد والإرادة المنفــــردة د/ عبد الفتاح عبد الباقى 215 – 216 ، نظرية العقد د / سليمان مرقس 186 ، الموجز فى النظرية العامة للالتزامات د / محمود زكى 312 ، الموجز فى النظرية العامة – مصادر الالتزام د / عبد الودود يحيى 46 ، الوافى فى شرح القانون المدنى – عقد البيع د / سليمان مرقس 126 ط : عالم الكتب – الطبعة الرابعة 1980م .

الفرع الثالث

الموازنة بين موقف الفقه الإسلامى والقانون الوضعى

من شروط الاحتكار وتملك الأشياء المحتكرة جبرا على محتكريها

بعد بيان موقف الفقه الإسلامى والقانون الوضعى من هذه المسألة يتضح لى مايأتى :

1 – لقد ذهب جمهور الفقه الإسلامى إلى تحريم الاحتكار إذا توافرت شروطه من حبس السلع والخدمات التى يحتاج الناس والدواب إليها حتى تنعدم من السوق أو يرتفع سعرها ، وأن يكون فائضا عن حاجته وحاجة من يعولهم سواء كان مشترى من السوق أو من الخارج أو منتجا من ضيعته .

أما القانون الوضعى فكما قلت أنه لم يتناول الاحتكار بصورته المعروفة عند فقهاء المسلمين ، وإنما تناوله فى صورة عقود الإذعان وألزم الطرف القوى فى هذه العقود – الموجب – ببعض الشروط التى تحتم عليه أن يكون فى إيجاب دائم موجه إلى الجمهور عامة ، وبشروط متماثلة ، وفى صورة قاطعة ، وحتميا ، وأن يقدم السلعة أو المرفق لمن يطلبه من الجمهور ، ولا يجوز له أن يرفض قبوله إلا لسبب مشروع وإلا كان متعسفا .

2 – لقد حارب الفقه الإسلامى الإحتكار منذ زمن بعيد عن طريق جبر المحتكر على البيع بشتى الطرق والوسائل ، وهذا أمر لم يتناوله المشرع الوضعى فى عقود الإذعان صراحة كما فعل الفقه الإسلامى .

3 – لقد تناول الفقه الإسلامى معالجة هذا الداء الخطير الذى يزعزع الأمن والاستقرار الاقتصادى فى البلد بإجبار المحتكر للسلع والخدمات على بيعها بسعر السوق العادل الذى لاوكس فيه ولا شطط ، وإن كانت أحاديث الإحتكار لم تتناول عقوبة دنيوية أو أحكام قضائية زاجرة ملزمة تقاوم الإحتكار بسلطان الدولة على الرغم من أنه من الكبائر ، لأن التعسف فى استعمال الملكية أو الحرية العامة فى التملك يرقى إلى مستوى الكبائر إذا

كان بنية الإضرار بعامة المسلمين ومصالحهم فيما يحتاجون إليه من مرافق معايشهم وإلا فلم كان الوعيد الشديد بالإلقاء فى عظيم نار جهنم [1].

وغير ذلك من اللعن والطرد من أنواع التهديد ، إلا أن بعض فقهاء المسلمين ذهبوا إلى أن المحتكر الممتنع يجبر على البيع ، فإن أبى حبسه القاضى وعزره حتى يبيع بنفسه فإن امتنع باع الحاكم عليه وفى ذلك إخراج للسلع من ملكهم وتملكها لغيرهم جبرا عنهم .

أما المشرع الوضعى وإن أجاز مثل هذه العقود - عقود الإذعان - إلا أنه لم يطلق الحرية للطرف القوى ليحدد ما يشاء من غلاء السعر والتحكم فى السلع والخدمات .

لذا قد وضع من النصوص ما يحمى به الطرف المذعن - الضعيف - ويوجب على القاضى إذا طلب منه أن يحقق مبدأ العدالة بين الطرفين وذلك بالإعفاء أو التعديل للشروط التسعفية فى العقد ، وجعل له عند غموض شروط العقد أن تفسر لمصلحة الطرف المذعن دائنا أو مدينا ، إلا أنه لم يتناول البيع جبرا للسلع والخدمات المحتكرة بصورة واضحة كما فعل الفقه الإسلامى ، وإن كنت أرى أن فى سلب الشروط التعسفية أو تعديلها وتفسير الغموض فى الشروط لمصلحة الطرف المذعن يكون قد تملك الشيء المحتكر جبرا عن المحتكر ، لأنه ما رضى بالتعاقد إلا بناءا على الشروط الموضوعة سلفا والتى فى صالحة فإذا ما سلبت أو عدلت لمصلحة الطرف الأخر فيكون قد تم التعاقد على غير إرادته وخرجت السلعة أو الخدمة من يده إلى غيره وتملكها جبرا عنه .

4- لذا كان موقف القانون الوضعى قريبا من موقف الفقه الإسلامى ومتفقا معه من حيث المبدأ فى تحريم الاحتكار وتجريمه وتوقيع العقاب على الممتنع عن البيع.

---

(1) يراجع : بحوث فقهية مقارنة د / محمد فتحى الدرينى 1 / 491 .

5- وإن كنا نفتقد إستصدار قانون مستمد من أحكام الشريعة الإسلامية يمنع الاحتكار بصورته المعروفة اليوم حتى يكون رادعا لمن تسول له نفسه أن يتحكم فى أرزاق الناس وأقواتهم ، لأن عقد الإذعان لا يخدم مصالح الجمهور كافة بقدر ما يخدم مصالح المحتكر .

6 – لقد قال بعض فقهاء القانون : " إن الاحتكار الذى هو أساس عقود الإذعان من المنكرات التى نهى عنها الشارع الحكيم ، لأنها ذريعة للتضييق على الناس . ومنكر فى ذاته وظلم لعموم الناس ، لأن القابل فى عقود الإذعان مكره على العقد ، فرضاه معيب إذ هو مضطر للقبول إذ لا وجه له إلا التعاقد مع هذه الشركات الإحتكارية المسيطرة ، وأن عقود الإذعان لا تخدم مصالح الجمهور بقدر ما تخدم مصالح المحتكرين [1].

فالواجب على المشرع الوضعى التدخل السريع لمعالجة هذا الداء الخطير الذى يهدد استقرار البلد الاقتصادى ويحارب الاحتكار والمحتكرين .

---

(1) يراجع : عقد الإذعان بحث منشور بمجلة كلية الشريعة والقانون بطنطا د / لاشين الغاياتى ص 49 العدد الأول.

المبحث الرابع
بيع الأموال والسلع جبرا على مالكيها
بالسعر الذى يعينه الحاكم

وفيه مطلبان :

المطلب الأول : تعريف التسعير الجبرى وبيان مشروعيته .

المطلب الثانى : شروط الإجبار على البيع بالسعر الذى يعينه الحاكم .

المطلب الأول
تعريف التسعير الجبرى وبيان مشروعيته

وفيه ثلاثة فروع :

الفرع الأول : تعريف التسعير الجبرى وبيان مشروعيته فى الفقه الإسلامى .

الفرع الثانى : تعريف التسعير الجبرى وبيان مشروعيته فى القانون الوضعى .

الفرع الثالث : الموازنة بين موقف الفقه الإسلامى والقانون الوضعى

من تعريف التسعير الجبرى وبيان مشروعيته

الفرع الأول
تعريف التسعير الجبرى وبيان مشروعيته فى الفقه الإسلامى

أولا : تعريف التسعير الجبرى :

التسعير الجبرى لغة :

التسعير مأخوذ من سعر النار والحرب : هيجها وألهبها ، وفى القرآن الكريم (وإذا الجحيم سعرت) [1] وسعر السوق : الحالة التى يمكن أن تشترى بها الوحدة أو ما شابهها فى وقت ما ، وسعر الصرف : سعر السوق بالنسبة لنقود الأمم ،

---

(1) الآية رقم 12 من سورة التكوير .

والسعر : واحد أسعار الطعام ، وسعرت الشيء تسعيرا : جعلت له سعرا معلوما ينتهي إليه ، وسعر السلعة : حدد سعرها ، والسعر : ما يقوم عليه الثمن ، ويقال : له سعر : إذا زادت قيمته ، وليس له سعر : إذا أفرط رخصه ، والجمع : أسعار ، وسمى الثمن سعرا، لأنه على ارتفاع غالبا ، والتسعير: تقدير السعر [1] وجاء فى المعجم الوسيط : أن التسعير الجبرى هو :

" أن تحدد الدولة بمالها من سلطان ثمنا رسميا للسلع لا يجوز للبائع أن يتعداه ، وهو منسوب إلى الجبر بمعنى الإكراه " [2].

ولقد فرق بعض الفقهاء بين الثمن والقيمة والسعر فقالوا :

الثمن : هو العوض الذى يؤخذ على التراضى فى مقابلة المبيع عينا كان أو سلعة، أو القدر الذى يساوى قيمة المبيع فى الواقع .

والقيمة : ما تقوم به المبيع فى السوق ، وقد تزيد عن الثمن وقد تساوية وقد تنقص عنه .

والسعر : ما يكون نتيجة المساومة فى البيع ، أو القدر الذى يتحدد فى السوق حسب العرض والطلب بصرف النظر عن مساواته لقيمة المبيع فى الواقع، والسعر هو الذى يوصف بالرخص والغلاء لا الثمن .

والسعر نوعان : أحدهما : ما يكون طبيعيا دون تحكم أو افتعال من أحد ، وسمى بالسعر التلقائي الحر ، والثانى : ما يكون من قبل السلطان – الدولة – بأن يأمر الرعية بأن لا يبيعوا إلا بقدر معلوم ، وهذا النوع هو التسعير المفروض المحدد ، وما يسمى بالتسعير الجبرى [3].

---

(1) يراجع : لسان العرب 4/ 365 باب الراء فصل السين ، ال[illegible] المحيط 2/ 49 باب الراء فصل السين ، مختار الصحاح 150 ، المصباح المنير 167 ، المعجم الوسيط 456 .

(2) يراجع : المعجم الوسيط 126 ، 456 .

(3) يراجع : أحكام المعاملات الشرعية للشيخ / على الخفيف 416 ، بحوث مقارنة فى الفقه الإسلامى د / محمد فتحى الدريني 1/ 532 ، المعجم الوسيط 121 .

التسعير الجبرى شرعا :

عند الأحناف : لم يتعرضوا لتعريفه ولكن يستنبط من أقوالهم : أنه تحديد الحاكم ثمنا للسلع وإلزام الناس به [1].

ولقد عرف المالكية التسعير بأنه : تحديد حاكم السوق لبائع المأكول فيه قدرا للمبيع بدرهم معلوم ، وقيل هو : أن يحدد الحاكم لأهل السوق سعرا يبيعوا به فلا يتجاوزوه [2].

وعرفه الشافعية بأنه : أن يأمر الوالى السوقة – أهل السوق – بأن لا يبيعوا أمتعتهم إلا بكذا ، وقيل هو : جعل سعر معلوم ينتهى إليه ثمن الشيء [3].

وعرفه الحنابلة بأنه : أن يسعر الإمام أو نائبه على الناس سعرا يجبرهم على التبايع به أى بما سعره ، وقيل : تقدير السلطان أو نائبه للناس سعرا ويجبرهم على التبايع به [4].

وعند الظاهرية : لم يتناولوا تعريفه ، ولكن يفهم من كلامهم أنه تحديد وجعل ثمن للسلع يتبايع به الناس [5].

وعرفه الزيدية بأنه : أن يأمر السلطان أو نوابه أو كل من ولى من أمر المسلمين أمرا أهل السوق أن لا يبيعوا أمتعتهم إلا بسعر كذا فيمنعوا من الزيادة عليه أو النقصان لمصلحة [6].

---

(1) يراجع : الدر المختار بهامش حاشية رد المحتار 6/ 719 ، الفتاوى الهندية 3/ 214 .

(2) يراجع : شرح حدود ابن عرفه 1 / 356 . المنتقى للباجى 5 / 18 .

(3) يراجع : حاشية الشروانى 4/ 319 ، مغنى المحتاج 2 / 53 ، تكملة المجموع الثانية للمطيعى 13/ 29 .

(4) يراجع : كشاف القناع 3/ 187 ، مطالب أولى النهى 3/ 62 ، الشرح الكبير بهامش المغنى 4/ 45 ط : دار الكتاب العربى .

(5) يراجع : المحلى 9 / 40 مسألة 1554 ط : دار الفكر .

(6) يراجع : السيل الجرار 3 / 81 ، نيل الأوطار 5 / 260 .

وعند الإمامية والإباضية يستنبط من أقوالهم أن التسعير هو : تحديد أثمان السلع وتقديرها للناس على أن يلتزموا بها [1].

نظرة فى التعاريف السابقة :

بالنظر فى التعاريف السابقة للتسعير يتبين ما يأتى :

1 – أن جميع التعاريف اتفقت على أن التسعير يكون مصدره الحاكم أو المسئول عن الدولة ، أو من يقوم مقامه من حاكم السوق الذى يعين من قبل الدولة للقيام بشئونه .

أما التسعير الصادر من موظف غير مختص أو جماعة أو لجنة غير مسئولة . فلا يكتسب صفة المشروعية ، ولا يجب على الرعية الإمتثال لأحكام التسعير ونفاذها ، لأنها صادرة من شخص أو جماعة غير مسئولة ، ولا يجب على الرعية غـ [illegible] ى الأمر أو من ينوب عنه ، لقوله تعالى ﴿ و [illegible] أطيعوا [illegible] لى الأمر منكم .. ﴾ [2].

غير [illegible] فقهاء الإمامية أجازوا التسعير لجماعة عدول من المسلمين إذا تعذر الوصول للحاكم أو نوابه [3].

إلا أنه لا أساس لوجوب طاعة غير المسئول شرعا ، لأنه لا ولاية يقرها الشارع الحكيم لهم ، منعا للفوضى التى لا يستقيم معها أمر المجتمع .

2 – لقد تناولت التعاريف السابقة للتسعير المسعر عليهم بأنهم أهل السوق ، إلا الحنابلة ، فلم يخصوا التسعير بأهل السوق ، بل أطلقوا ذلك بقولهم : على الناس، حتى يكون التسعير من المؤيدات الواقية من الاحتكار أو العلاج من الاحتكار بعد وقوعه [4].

---

(1) يراجع : وسائل الشيعة 2 / 317 ، فقه الإمام جعفر 3/ 146 ، النيل 13/ 662 ، 663 .

(2) جزء من الآية رقم 59 من سورة النساء .

(3) يراجع : وسائل الشيعة 316/12 ، فقه الإمام جعفر الصادق 3 / 145 .

(4) يراجع : الطرق الحكمية فى السياسة الشرعية لابن قيم الجوزية 352 ، 354 .

3 – **لقد تناول تعريف المالكية التسعير وخصه بالمأكول ، وقيل : يختص بالمكيل والموزون إذا اتفقا فى الجودة، وإذا اختلفا : فلا يختص بهما تسعير ، واختص بهما التسعير لأنه يرجع فيهما إلى المثل فيحمل الناس فيه على سعر واحد ، وغيرهما يرجع إلى القيمة ويكثر الإختلاف فيها[1].**

وجاء تعريف الشافعية والزيدية أوسع من تعريف المالكية إلا أنه قصر التسعير على الأمتعة دون غيرها مما يضر بالناس احتباسه والمغالاة فى ثمنه ، أو أجرة من منافع وأعمال كسكنى وإجارة.

وجاء تعريف الحنابلة مطلقا فلم يفرق بين الأمتعة وغيرها .

4 – لقد تناولت التعاريف عنصر الإجبار الذى هو أساس التسعير الجبرى المشروع لمنع المغالاة فى الأسعار ، وإن كان جاء صريحا فى تعريف الحنابلة ، إلا أنه جاء عند الزيدية والشافعية : بأمر السلطان ، وأمر السلطان واجب التنفيذ لماله من حق الطاعة ، وكذا عند المالكية ، بعدم تجاوز تحديد الحاكم ، لأن فى ذلك مخالفة لولي الأمر .

5 – لقد تناولت أكثر التعاريف التسعير بأنه : أن يسعر ، أو يبيعوا بسعر كذا ، وهذا يؤدى إلى الدوران فى حلقة مفرغة لا تصل منه إلى شيء ، ولو قالوا : أن يقدرو، أو بقدر معين لكان أدق من قوله بسعر كذا ، حتى لا يدخل المعرف بلفظه فى التعريف .

6 – لقد ذكر الزيدية فى تعريفهم عدم البيع بالزيادة ولا النقصان ، أما الزيادة فللضرر العام ، وأما النقصان ، فلا حاجة لهذا القيد ، وخاصة فى أوقات الشدة، حيث يجوز البيع بالنقصان ، لأن ذلك من حكمة تشريع التسعير ، لأنها نفع للناس ، وتخفيف الشدة عنهم بالوفاء بحاجتهم بعوض المثل ، ومنع المالكية

---

(1) يراجع : المنتقى للباجى 5 / 18 .

نقص السعر لمضاربة التجار والإضرار بهم لأن ذلك نوع من المنافسة غير المشروعة [1].

وبعد هذه الملاحظات السابقة على تعريف التسعير الجبرى عند الفقهاء ، أرى أن أفضل تعريف للتسعير ما ذكره بعض الفقهاء المحدثين وهو :

" أن يصدر الإمام أو من يقوم مقامه أمرا بأن تباع السلع أو تبذل الأعمال والمنافع التى تفيض على حاجة أصحابها ، وهى محتبسة أو مغالي فى ثمنها أو أجرها على غير الوجه المعتاده وكان الناس أو الحيوان أو الدولة فى حاجة إليها ، بثمن أو أجر معين عند بمشورة أهل الخبرة .

ويؤخذ من هذا التعريف :

1 – **أن التسعير لا يصدر إلا من موظف مختص تعينه الدولة ، وهذا أمر يتفق مع** عاريف.

2 – ان التسعير يشمل كل ما يحتاج إليه سواء كان مأكولا أو غيره ، أو منافع ، وهذا أمر غير متفق عليه .

3 – ذكر هذا التعريف شروط التسعير الجبرى من حيث حاجة الناس ، ومغالاة الأسعار ، وعدم حاجة أصحابها إليها ، وهذا أمر لم تتناوله التعاريف السابقة .

4 – أظهر هذا التعريف عنصر الإجبار بقوله أمرا ، وذلك لمنع التغالى فى الأسعار وهذا متفق عليه .

5 – لم يقتصر هذا التعريف على حاجة أهل السوق كما ورد فى بعض التعاريف ، وإنما أطلق ليشمل كل من يحتبس أو يغالى فى ثمنه ويتعلق به حاجة الأمة والبلاد [2].

---

(1) يراجع : بحوث مقارنة فى الفقه الإسلامى د / محمد فتحى الدريني 1 / 536 وما بعدها .

(2) يراجع : بحوث فقهية مقارنة فى الفقه الإسلامى د / محمد فتحى الدرينى 1 / 542 .

ثانيا : مشروعية التسعير الجبرى :

تحرير محل النزاع :

لقد اتفق الفقهاء على أن الأصل فى التسعير أنه حرام ولا يجوز للإمام أو نائبه أن يصدر أمرا يقضى بتحديد أثمان سلع معينة يلتزم بها التجار لا يزيدون عنها ولا ينقصوا بغض النظر من كونها تحقق لهم ربحا أو خسارة أو لا تحقق لهم هذا ولا ذاك [1].

ولكنهم اختلفوا فى مشروعيته إذا وقع من الإمام أو نائبه ، ومدى التزامهم بما ... عليهم إذا دعت الحاجة العامة إليه لمقاومة الاحتكار ومحاربة مغالاة التجار أو المالكين وذلك على قولين :

القول الأول : ذهب إليه " بعض الحنفية منهم الكاسانى ، والإمام مالك فى رواية عنه والشافعية فى وجه ، وبعض الحنابلة ، والظاهرية ، وبعض الزيدية وبعض الإمامية وبعض الإباضية وعبد الله بن عمر ، وسالم بن عبد الله [2] "، إلى أن التسعير حرام مطلقا فى جميع الظروف والحالات لا فرق بين حالة السعة أو الغلاء ولا بين المجلوب وغيره ، ولا بين قوت الآدمى أو الحيوان أو غير ذلك من سائر الأمتعة [3].

---

(1) يراجع : بدائع الصنائع 5 / 193 ، المنتقى 5 / 18 ، حاشية الجمل 3/ 93 ، الروض المربع 284 المحلى 7 / 537 ، السيل الجرار 3/ 81 ، المبسوط للطوسى 2/ 195 ، شرائع الإسلام 2/ 21، النيل ... الأوطار 5 / 260

(2) سالم بن عبد الله هو : أبو عبد الله سالم عن عبد الله بن عمر بن الخطاب ، أحد فقهاء ، المدينة السبعة ومن سادات التابعين ، روى عن أبيه ، وأبى هريرة وغيرهما ، وروى عنه ابنه أبو بكر وابن شهاب وغيرهما كثير . وكان أشبه ولد عبد الله به ، كما كان عبد الله أشبه ولد عمر به كان فقيها ، إماما زاهدا ، عابدا ، توفى سنة ست ومائة وقيل خمس ومائة بالمدينة – رحمه الله تعالى " .

يراجع : الأعلام 3 / 71 ، شذرات الذهب 1/ 133 ، وفيات الأعيان 2/ 349 ، 350 رقم 252 تهذيب الأسماء واللغات 1 / 203 .

(3) بدائع الصنائع 5/ 193 ، المنتقى 5 / 18 ، المعونة 2 / 59 ، حاشية الشروانى 4/ 319 ، مختصر المزنى بهامش الأم 8 / 191 ط : دار الفكر ، حاشية الجمل 3 / 93 ، مغنى المحتاج 2 / 53 ، مطالب=

القول الثاني : " ذهب إليه جمهور الحنفية ، والإمام مالك في رواية عنه ، والشافعية في وجه ، وبعض الحنابلة ، وبعض الزيدية ، وبعض الإمامية ، وبعض الإباضية ، وسعيد بن المسيب ، والليث بن سعد [1] " ، إلى أن التسعير الجبرى إذا دعت إليه الحاجة العامة لمقاومة الاحتكار ومحاربة مغالاة الأسعار من التجار أو المالكين جائز مشروع بل قال بعضهم إنه واجـب .

ولقد قيد بعض الزيدية الجواز فيما عدا قوت الأدمى والبهيمة " فإن تعدوا تعديا فاحشا وعجز القاضى عن صيانة حقوق المسلمين إلا بالتسعير فلا بأس به [2].

-أولى النهى 3 / 62 ، الفروع 4 / 51، كشاف القناع 3 / 187 ، الروض المربع 284 ، المحلى 7 / 537 ، السيل الجرار 3/ 81 ، البحر الزخار 4/ 318 ، نيل الأوطار 5/ 260 ، المبسوط للطوسى 2/ 195 ، المختصر النافع 120 ، وسائل الشيعة 12/ 317 ، شرائع الإسلام 2 / 21 ، شرح كتاب النيل 13/ 663 .

(1) الليث بن سعد هو : أبو الحارث الليث بن سعد بن عبد الرحمن من تابعى التابعين ولد سنة 93هـ وقيل : 94 هـ أجمع العلماء على إمامته وجلاله في الفقه والحديث واللغة ، كان إمام أهل مصر في زمانه واستقل بالفتوى فى مصر ، وولى قضاء مصر ، أثنى عليه علماء عصره ، ولقب بشيخ الديار المصرية ، سمع عطاء بن أبى رباح ، ونافع مولى بن عمر ، والزهرى، وغيرهم من التابعين وروى عنه محمد بن عجلان ، وهشام بن سعد وهما من شيوخه ، وابن المبارك ، وابن وهب ، وابن شعيب وغيرهم كثير ، توفى سنة 175 وقيل : 176 هـ " رحمه الله تعالى" .

يراجع : شذرات الذهب 1/ 285 ، تهذيب الأسماء واللغات 2/ 382 ، حلية الأولياء وطبقات الأصفياء للحافظ أبى نعيم الأصبهانى 318/7وما بعدها ط : المكتبة السلفية دار الفكر

(2) يراجع : الفتاوى الهندية 3 / 214 ، تبيين الحقائق 28/6 ، الهداية بهامش تكملة شرح فتح القدير 59/10 . المنتقى 5 / 18 . الحاوي الكبير للماوردى 7 / 81 ، تكملة المجموع الثانية للمطيعى 13/ 29 /41 ، الإنصاف 4 / 338 ، الفروع 4 / 51 ، فتاوى ابن تيمية 29 / 254 ، بدون طبعة ، البحر الزخار 4/ 318 ، 319 ، نيل الأوطار 5 / 260 ، فقه الإمام جعفر الصادق 3 / 146 ، شرائع الإسلام 2 / 21 الروضة الندية 2 / 104 ، شرح كتاب النيل 13/ 663 .

الأدلة

أدلة القول الأول :

استدل أصحاب القول الأول على ما ذهبوا إليه من أن التسعير حرام مطلقا بالكتاب والسنة ، والآثار ، والمعقول :

من الكتـــاب :

قوله تعالى : ﴿ يا أيها الذين آمنوا لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل إلا أن تكون تجارة عن تراض منكم ﴾ (1).

وجه الدلالة من هذه الآية : أن الله عز وجل نهى عن أكل أموال الناس بالباطل بطريق غير مشروع كالربا وغيره ، وفى التسعير الجبرى لا يكون البائع راضيا بالثمن إذا كان لا يعجبه ، وهذه تجارة عن غير تراض فيكون منهيا عنه شرعا ولا يجوز، فإجباره على بيع سلعته بسعر معين يتنافى مع مبدأ الرضا فى العقود الذى بينته هذه الآية لأنه أكره على بيع ماله بما لا يرضى وقد أكل ماله بالباطل ، وإلزامه بسعر لا يرضيه مناف للآية (2).

من السنـــة :

1 – ما روى عن أنس – رضى الله عنه – أنه قال : قال رسول الله – صلى الله عليه وسلم – (لا يحل مال امرئ مسلم إلا بطيب من نفسه) (3).

وجه الدلالة من هذا الحديث :

لقد بين الرسول – صلى الله عليه وسلم – أنه لا يحل لأحد أن يأخذ مال أخيه إلا عن رضا واختيار وطيب نفس ، فإذا انتفى هذا الرضا بالإجبار ، فلا يحل لأحد من

---

(1) جزء من الآية رقم 29 من سورة النساء .

(2) يراجع : احكام القرآن لابن العربى 1/ 521 ، الجامع لأحكام القرآن للقرطبى 5/ 154 ، حماية المستهلك فى الفقه الإسلامى د / رمضان الشرنباصى 66 .

(3) الحديث سبق تخريجه ص 79 .

المتعاقدين أن يمتلك مال أخيه على أساس المعاوضة الإجبارية بالتسعير ، لذا كان التسعير غير جائز ، وحرام شرعا [1].

2 - ما روى عن أبى هريرة - رضى الله عنه أن رجلا جاء إلى رسول الله " صلى الله عليه وسلم " فقال : يا رسول الله سعر فقال : بل ادعوا الله ، ثم جاء رجل فقال: يا رسول الله سعر فقال : بل الله يخفض ويرفع ، وإنى لأرجوا أن ألقى الله وليس لأحد عندى مظلمة " [2].

3 - ما روى عن أبى سعيد الخدرى - رضى الله عنه - قال : " غلا السعر على عهد رسول الله " صلى الله عليه وسلم " فقالوا : لو قومت يا رسول الله قال : إنى لأرجو أن أفارقكم ولا يطلبنى أحد منكم بمظلمة ظلمته " [3].

4 - ما روى عن أنس - رضى الله عنه - قال : (قال الناس يا رسول الله غلا السعر فسعر لنا ، فقال رسول الله - صلى الله عليه وسلم - إن الله هو المسعر القابض الباسط الرازق ، وإنى لأرجو أن ألقى ربى وليس أحد منكم يطالبنى بمظلمة فى دم ولا مال) [4].

---

(1) يراجع : تلخيص الحبير 3 / 52 .

(2) الحديث أخرجه أبو داود فى كتاب البيوع باب التسعير 3 / 270 ح / 3450 ، والبيهقى فى سننه 6 / 29 ، وذكره الشوكانى تعليقا فى نيل الأوطار 5/ 259 ، وقال إسناده صحيح ، وقال الهيثمى فى مجمع الزوائد رجاله : رجال الصحيح مجمع الزوائد 4/ 99 .

(3) الحديث أخرجه ابن ماجه فى كتاب التجارات 2 / 742 ح / 2201 ، والإمام أحمد فى مسنده 7 / 85 ، وقيل : إن فى إسناده من هو مختلط ، وقيل : رجال الإسناد ثقات ، وقال الهيثمى فى مجمع الزوائد : رجاله رجال الصحيح 4/ 99 .

(4) الحديث أخرجه أبو داود فى البيوع باب التسعير 3 / 270 ح / 4351 ، وابن ماجه فى كتاب التجارات 2 / 741 ح / 2200 ، والترمذى فى سننه 3 / 605، 606 ح / 1314 . وقال أبو عيسى : حديث حسن صحيح . والدارمى فى سننه 2 / 249 ، والبيهى فى سننه 6 / 29 ، أحمد فى مسنده 3 / 156 ، والحافظ الهيثمى فى مجمع الزوائد 4/ 99 عبد الله عباس وقال فى إسناده من هو ضعيف ، ويراجع : الإحسان بترتيب صحيح ابن حبان7 / 215 ح / 4914 ، نيل الأوطار 5/ 259 ح/ 2279 .

وجه الدلالة من هذه الأحاديث :

تدل هذه الأحاديث بلفظها الصريح أن النبى – صلى الله عليه وسلم – لم يسعر للناس حين سألوه ، ولو كان جائزا لأجابهم إلى طلبهم ، ولكنه بين لهم أن ذلك بيد الله فهو الخافض الرافع ، وأنه المسعر ، أي إذا أراد خفض الأسعار ، أكثر منها مثلا ، وإذا أرد أن يغليها جعلها قليلة ، لذا أمرهم باللجوء إلى الله بالدعاء ليخفض الأسعار ، ولقد وصفت هذه الأحاديث التسعير بأنه مظلمة ، ولا خير ولا مصلحة فى المظلمة ، والظلم حرام ، وإجبار الناس على البيع بغير رضاهم وطيب نفسهم ظلم لهم فلذا كان التسعير حراما [1] .

من الآثـــار :

ما روى عن عمر بن الخطاب – رضى الله عنه – أنه : " مر بحاطب بن أبى بلتعة [2] وهو يبيع ، زبيب له فى السوق ، فقال له : إما أن ترفع سعره أو تزيد فى السعر ، وإما أن ترفع من السوق أو تدخله بتيك ، فتبيعه كيف تشاء ، ثم رجع إليه وقال له : إن الذى قلت ليس بعزمة [3] منى ولا قضاء إنما هو شيء أردت به

---

(1) يراجع : نيل الأوطار 5/ 260 ، سبل السلام 3 / 47 / 48 .

(2) حاطب بن أبى بلتعة هو : الصحابى أبو محمد حاطب بن أبى بلتعة عمرو بن عمير بن سلمة ابن صعب بن عدى، كان حليفا للزبير بن العوام ، شهد بدرا والحديبية ، وشهد الله له بالإيمان فى قوله تعالى: (يا أيها الذين آمنوا لا تتخذوا عدوى وعدوكم أولياء) الآية الأولى من سورة الممتحنة نزلت فيه هذه الآية ، وأرسله الرسول – صلى الله عليه وسلم – إلى المقوقس صاحب الإسكندرية سنة ست من الهجرة . توفى حاطب سنة ثلاثين من الهجرة بالمدينة ، وصلى عليه عثمان بن عفان وكان عمره خمسا وستين سنة " رحمه الله تعالى" .

يراجع : شذرات الذهب 1/ 37 ، أسد الغابة 1/431 – 433 رقم 1011 ، تهذيب الأسماء واللغات 1 / 156 ، 157.

(3) العزمة : يقال : عزم فلان عزما وعزيما ، وعزيمة ، وعزمة ، ومعزما : جد وصبر ، ولزم وعزم على فلان : أمره وشدد عليه ، وأقسم ، والعزمة : الحق من حقوق الله ، والفريضة والواجب يراجع : المصباح المنير 243 ، المعجم الوسيط 629 .

الخير لأهل البلد ، فحيث شئت فبع وكيف شئت فبع " [1] .

وجه الدلالة من هذا الأثر :.

يدل هذا الأثر على أنه من الواجب ترك الناس يبيعون على ما يختارون دون تعرض من ولى الأمر لحريتهم فى نشاطهم بدليل ، ما فعله عمر بن الخطاب مع حاطب بن أبى بلتعة لما أمره أن يبيع كما يبيع السوق أو يرفع منه ، ثم رجع عن ذلك ، لأنه كان رأيا اجتهاديا بداع المصلحة وليس بفرض ولا واجب ، فدل ذلك على أن التسعير غير جائز [2] .

من المعقول :

1 – الناس ما لكون لأموالهم مسلطون عليها ولهم حق التصرف فيها بما لهم من حق الملكية الفردية ، ولا تملك الدولة المساس بها إلا بحق فى الشرع ، وليس التسعير الجبرى منه فالتسعير تضييق وحجر عليهم فى حقهم ، ولا ينبغى للإمام أن يتعرض لحق المالك ، لأن الثمن حقه فكان إليه تقديره ، ولا يجبر على البيع إلا بما يختار ، وإلزامه له بما لا يلزمه فيه ظلم له ، ولا تطيب نفسه فيكون ذلك مناف لملكه [3].

---

(1) الأثر أخرجه مالك فى الموطأ ، كتاب البيوع 2 / 34 باب 49 ، والبيهقى فى سننه كتاب البيوع 6 / 29 ، وابن حزم فى المحلى 7/ 538 .

(2) يراجع : سنن البيهقى 6/ 29 ، المحلى لابن حزم 7 / 538 ، حماية المستهلك فى الفقه الإسلامى د/ رمضان الشرنباصى 73 ، بحوث مقارنة فى الفقه الإسلامى د / محمد فتحى الدرينى 1/ 544 – 545

(3) يراجع : الهداية بهامش تكملة شرح فتح القدير 59/10 ، تبيين الحقائق 6/ 28 ، المعونة 2 / 60 المنتقى 5 / 18 ، الحاوى 7 / 82 ، 83 . مغنى المحتاج 2 / 53 . كشاف القناع 3 / 187 مطالب أولى النهى 3 / 62 ، المحلى 7 / 538 ، السيل الجرار 3/ 81 ، نيل الأوطار 5/ 260 ، شرح كتاب النيل 13/ 663 .

2- الإمام مأمور برعاية مصلحة المسلمين عامة ، وليس نظره فى مصلحة المشترى برخص الثمن أولى من نظرة فى مصلحة البائع بتوفير الثمن ، وإذا تقابل الأمران وجب تمكين الطرفين من الاجتهاد لأنفسهم بإعطائهم حرية المساومة فى التعاقد دون تدخل ، لأن كل منهما أدرى بمصلحته وأحسن تقديرا لها ، فيجتهد المشترى فى الاسترخاص ، والبائع فى وفور الربح ، وفى التسعير إضرار لأحدهما ، فإن زاد : أضر بالمشترى ، وإن نقص : أضر بالبائع فوجب ترك الأمر لهما [1].

3- التسعير قد يكون سببا للغلاء ، لأن المنتجين والجالين للسلع إذا علموا أنهم سوف يكْرهون على البيع بأسعار قد لا يرضوا بها ، تحولوا إلى مكان آخر أعلى ثمنا وأكثر حرية فينشأ عن ذلك قلة المعروض ، وزيادة الطلب ، والاحتكار للسلع، فيرتفع السعر ليصلوا إليها فتغلوا الأسعار ويحصل الإضرار ، وهذا أكبر سبب فى نشأة ما يسمى السوق السوداء [2] .

ولقد قال الباجى [3]: أخشى أن يقوموا من السوق " أى أن تكون نتيجة التسعير عكسية"[4].

(1) يراجع : الحاوى الكبير للماوردى 7 / 82 ، نيل الأوطار 5/ 260 ، الفقه الإسلامى وأدلته للزحيلى 4 / 2696 .

(2) يراجع : المغنى لابن قدامة 4/ 44 ، ط : دار الكتاب العربى ، بحوث فى البيع د / على مرعى 1/ 101 ، مجلة البحوث الفقهية المعاصرة العدد 44 ص 32 السنة الحادية عشرة (حق التملك د/ حسين سمرة).

(3) الباجى هو : أبو الوليد سليمان بن خلف بن سعد التجيبى الباجى القرطبى المالكى ، أحد الأئمة الأعلام فى الحديث والفقه والمناظرة والأصول ولد سنة 403 هـ ، اجتمع بالقاضى أبى الطيب الطبرى وأبى إسحاق الشيرازى وله مصنفات منها : المنتقى فى شرح الموطأ ، وإحكام الفصول فى أحكام الأصول ، والجرح والتعديل ، توفى سنة 474 هـ بالرباط - " رحمه الله تعالى " .

يراجع: البداية والنهاية لابن كثير 12/ 122 ط: مكتبة المعارف- بيروت، شذرات الذهب 3/ 344

(4) يراجع : المنتقى 5 / 18 .

أدلة القول الثانى :

استدل أصحاب القول الثانى على ما ذهبوا إليه من أنه إذا دعت الحاجة والضرورة إلى التسعير فإنه جائز شرعا بالسنة ، والآثار ، والمعقول :

من السنة :

ما روى عن عبد الله بن عمر– رضى الله عنهما – أن النبى – صلى الله عليه وسلم– قال : " من أعتق شركا له فى عبد وكان له مال يبلغ ثمن العبد قوِّم عليه قيمة عدل لا وكس[1] ولا شطط [2] فأعطى شركاءه حصصهم وعتق عليه العبد ، وإلا فقد عتق منه ما عتق " [3] .

وجه الدلالة من هذا الحديث :

يدل هذا الحديث على جواز التسعير حيث أمر الرسول – صلى الله عليه وسلم – بتقويم العبد بقيمة المثل ، ويجبر الشريك على قبول نصيبه من الثمن المحدد إذا أعتق شريكه نصيبه وإما أن يعتق مثل شريكه، فمن تعين عليه أن يبيع وجب عليه ذلك ، ويقوم عليه بقيمة المثل ، وقد أوجب الشارع الحكيم ، عتق نصيب الشريك الذى لم يعتق ليكمل الحرية فى العبد، فمن باب أولى فيما تشتد إليه حاجة الناس من الطعام أو اللباس وغير ذلك أولى من تكميل الحرية ترجيحا للمصلحة العامة ، وإذا كان كذلك فيقوم بقيمة المثل وهذا هو التسعير وقد صار هذا الحديث أصلا فى أن

---

(1) يراجع : الوكس : النقص ، والخسارة : يقال : وكس الشيء وكسا ، ووكس الرجل فى تجارته : خسر ، ويقال : ولا وكس ولا شطط ، أى لا نقصان ولا زيادة .

يراجع : المصباح المنير 398 ، المعجم الوسيط 1097 .

(2) الشطط : الجور ، والظلم ، يقال : شط ، شطوطا ، وشططا : بعد : وشط فى حكمه شطوطا وشططا: جار .

يراجع : المصباح المنير 188 ، المعجم الوسيط 508 .

(3) الحديث صحيح أخرجه البخارى فى كتاب العتق 5/ 186 ح / 2522 ط : دار الحديث ، ومسلم فى كتاب العتق 104/10 ح/ 1501 ، وأبو داود فى العتق 4/ 23 ح / 3940 ، وابن ماجه فى العتق 2 / 844 ح / 2527 ، ومالك فى الموطأ كتاب العتاقة 135/2 ح /1 .

من وجبت عليه المعاوضة أجبر على أن يعاوض بثمن المثل لا بما يريد من الثمن، وفى جواز إخراج الشيء من ملك صاحبه قهرا بثمنه للمصلحة الراجحة كما فى الشفعة[1].

من الآثــار :

ما روى عن عمر بن الخطاب– رضى الله عنه – " أنه مر بحاطب بن أبى بلتعة بالسوق وبين يديه غرارتان فيهما زبيب فسأله عن سعرهما فقا ل: مدين [2] لكل درهم ، فقال له عمر : قد حدثت بعير [3] مقبلة من الطائف [4] تحمل زبيبا وهم يغرون بسعرك ، فإما أن ترفع من السوق ، وإما أن تدخل زبيبك البيت فتبيعه كيف شئت " [5].

وجه الدلالة من هذا الأثر :

يدل هذا الأثر على أن سيدنا عمر بن الخطاب – رضى الله عنه – أمر حاطب بن أبى بلتعه أن يرفع من السوق إذا لم يبع بسعر السوق حتى لا يتسبب فى خسارة

---

(1) يراجع : فتح البارى 5/ 186 ، 187 ، الفروع 4 / 52 ، الطرق الحكمية لابن قيم 375 ، ولاية الحسبة فى الإسلام د/عبد الله محمد 413 ، 413 ، بحوث فى البيع د / على مرعى 101/1 .

(2) المد : مكيال قديم اختلف فى تقديرة بالكيل المصرى ، وهو عند أهل الحجاز رطل وثلث فهو ربع صاع ، لأن الصاع خمسة أرطال وعند العراقيين رطلان ، ويساوى الآن فى التقدير المصرى (509) جرام . يراجع : المصباح المنير 336، المعجم الوسيط 895 ، الموازين والمكاييل والمقاييس لمحمد نجم الدين الكردى ص 180 .

(3) العير : ما جلب عليه الطعام من قوافل الإبل والبغال والحمير وغير ذلك . يراجع : المصباح المنير 261 ، المعجم الوسيط 670 .

(4) الطائف : بلد معروف على مرحلتين من مكة " اثنا عشر فرسخا " فى جهة المشرق وهى بلاد ثقيف أحد غزوات النبى – صلى الله عليه وسلم – التى قاتل فيها غزاة الطائف ذات مزارع ونخل والطائفى نسبة إلى الطائف ، أو الطائفة، وزبيب أو عنب عناقيده متراصفة الحب ، يراجع : معجم البلدان 4/ 8، 9 تهذيب الأسماء واللغات 3 / 181، المعجم الوسيط 598 .

(5) الأثر : سبق تخريجه ص : 212 .

أهل السوق وفى ذلك إلزام له بالبيع بالسعر الذى يبيع به أهل السوق . وهذا هو قوام التسعير [1] .

من المعقول :

1- فى التسعير مصلحة للناس حيث يمنع من إغلاء السعر عليهم فيمنعوا من البيع بغير السعر الذى يحدده الإمام أو ولى الأمر على حسب ما يرى من المصلحة فيه للبائع والمشترى.

2- إذا كان الشارع الحكيم أوجب إخراج الشيء عن ملك صاحبه بعوض المثل لتكميل العتق ولم يمكن المالك بالمطالبة بالزيادة على القيمة فكيف إذا كانت حاجة المسلمين إلى الطعام وغيره من المصالح العامة التى ليس لواحد فيها الحق بعينه ، فتقدير الثمن على من وجب عليه البيع أولى من تقديره بتكميل الحرية ، ولقد أمر الرسول – صلى الله عليه وسلم – بتقويم العبد بقيمة المثل وهذا هو حقيقة التسعير .

3- لولى الأمر سلطة التدخل لمصلحة حماية المجتمع من جشع التجار ، وإحداث استقرار فى أسعار لسوق وذلك قد لا يكون إلا بالتسعير .

4- لولى الأمر أن يجبر المحتكر على البيع ، فكذلك له وضع سعر محدد لكل سلعة ويجب على الجميع الالتزام بها [2] .

---

(1) يراجع : المحلى 7/ 538 ، بحوث فى البيع د/ على مرعى 1 / 102 ، حماية المستهلك د/ رمضان الشرنباصى 71 .

(2) يراجع : تبيين الحقائق 6/ 28 ، الفتاوى الهندية 3/ 214 ، المنتقى للباجى 5/ 18 ، الحاوى الكبير للماوردى 7 / 81 ، الفروع 4 / 52 ، مجموع فتاوى ابن تيمية 29/ 454 ، الطرق الحكمية لابن القيم 373 – 379 ، البحر الزخار 4/ 319 ، فقه الإمام جعفر 3 / 146 ، الروضة الندية 104/2 شرح كتاب النيل 13/ 663 ، بحوث فى البيع د / على مرعى 1 / 103 ، ولاية الحسبة د / عبد الله محمد 413 ، حماية المستهلك د / رمضان الشرنباصى 70 ، 71 .

المناقشـــة

مناقشة أدلة القول الأول :

نوقشت أدلة القائلين بحرمة التسعير مطلقا بما يلى :

1 – مبدأ التراضى ليس على إطلاقه : فلقد ألغت الشريعة اعتبار الرضا فى أحوال معينة مراعاة لمصلحة أخرى عامة ومنها بيع مال المدين لقضاء دينه ، والبيع للنفقة الواجبة والأخذ بالشفعة وغير ذلك ، فهو إكراه على البيع بحق .

2 – التجارة فى الإسلام مقيدة بعدم الإعتداء المنهى عنه بقول الله تعالى : ﴿... **ولا تعتدوا...**﴾ [1]، وتحكم التجار وتغاليهم فى الأسعار لا مبرر له سوى تحقيق أرباح خيالية ، وهذا اعتداء منهى عنه ، ولولي الأمر سلطة التدخل وأن يردهم إلى الحق والصواب وذلك بالتسعير عليهم .

3 – أكل أموال الناس بالباطل ، يراد منه إنفاقه فى معاصى الله وأكل الربا ، والقمار والظلم ، وأن يأكله بغير عوض ، أما وفى التسعير عوض ، فلا يكون أكل بالباطل ، وإنما هو عن إرادة واعية ، ويحول بين الغبن والتقطير .

4 – الإكراه على التعاقد لا يمنع صحة البيع لحق العامة أى لمصلحة الأمة [2].

5 – الأحاديث لا تصلح حجة على منع التسعير مطلقا ، لأن هذه قضية معينة وليست لفظا عاما وليس فيها ما يدل على أن أحدا امتنع عن بيع ما يحتاج الناس إليه .

فليس فى التسعير مخالفة لنص الأحاديث ، وإنما هو تطبيق للنص نفسه وتفسير له بالمعنى المناسب ، لأن امتناع الرسول – صلى الله عليه وسلم – لا لكونه تسعيرا وإنما لكون علة التسعير وهى ظلم التجار غير متوافرة ، أو ليس هناك ما يقتضيه ، لأنهم كانوا يبيعون بسعر المثل وارتفاع الأسعار ليس من قبل التجار ، وإنما بسبب

---

(1) جزء من الآية رقم (190) من سورة البقرة .

(2) يراجع : الطرق الحكمية لابن قيد 357 . الجامع لأحكام القرآن للقرطبى 2/ 336 . ولاية الحسبة د/ عبد الله محمد 414 . الملكية ونظرية العقد د / أحمد فراج حسين 69 .

قانون العرض والطلب ، لأن الشيء إذا قل رغب الناس فى المزايدة فيه فارتفع السعر ، فإذا بذله صاحبه ولم يمتنع عن بيعه ولكن الناس تزايدوا فيه فلا يسعر عليهم إذا لم تدع الحاجة ، لأن السلع متوافرة فى الأسواق وتباع بسعر المثل دون ظلم أو جشع .

وأيضا : الغلاء كان فى زمن لم يكن بدافع الجشع والظلم كما هو الحال فى زماننا ولما وجد فى زمن الصحابة والتابعين أفتوا بجوازه رعاية لمصلحة الجماعة الغالبة[1].

6 – أما واقعة عمر بن الخطاب" رضى الله عنه " مع حاطب فيحتمل أنه كان يبيع بأقل من ثمن المثل وكانت هناك قافلة على وشك الوصول إلى المدينة تحمل نفس السلعة من الطائف، فرأى عمر أن عرض حاطب لسلعته بأقل يضر بأصحاب القافلة ويدفعهم إلى منافسة تضربهم ، فلا حجة فيه ، لأن نكوله لم يكن ناشئا عن اعتقاده أن التسعير حرام ، بل عدم تحقق وقوع الضرر العام فلم يتحقق وجوب التسعير [2] .

ولقد قال ابن حزم : لو صحت هذه الواقعة عن عمر ، لكانوا قد أخطأوا فيما نقل عنه ، وإنما أرادا عمر بذلك: إما أي تزيد فى السعر أي تبيع من المكاييل أكثر مما تبيع بهذا الثمن فكان يبيع حاطب مدين ، فقال له عمر : تبتاعون فى أسواقنا وتقطعون فى رقابنا بع صاعا ، والصاع أربعة أمداد ، وإلا فلا تبع فى سوقنا [3].

---

(1) يراجع : الملكية ونظرية العقد د / أحمد فراج 69 ، الطرق الحكمية لابن قيم 374 ، ولاية الحسبة د/ عبد الله محمد 415، الفقه الإسلامى وأدلته للزحيلى 4/ 2697 ، بحوث فقهية مقارنة د/ محمد فتحى الدرينى 1 / 573 .

(2) يراجع : بحوث فقهية مقارنة د / محمد فتحى الدرينى 585/1 ، 586 . الطرق الحكمية لابن قيم 368 وما بعدها ، ولاية الحسبة د / عبد الله محمد 416 .

(3) يراجع : المحلى لابن حزم 7 / 538 .

7 – منشأ السوق السوداء هو التسعير المجحف الغير مدروس والذى يؤدى إلى إجحاف التجار فى عدم تقدير ربح مجز لهم أو حرمانهم منه ، وهذا حرام قطعا ، أما التسعير العادل المدروس والذى تنتجه الخبرة النزيهة فإنه وسيلة لمنع الزيادة على ما سعره الإمام عدلا ، لأن الزيادة على ما سعره الإمام ظلم، والمنع من الظلم واجب ، فالتسعير العدل واجب [1] .

ويقول ابن القيم [2] فى ذلك : " إن مصلحة الناس إذا لم تتم إلا بالتسعير سعر عليهم تسعير عدل لا وكس فيه ولا شطط ، وإذا انعدمت حاجتهم بدونه لم يفعل [3].

مناقشة أدلة القول الثانى :

نوقشت أدلة القائلين بجواز التسعير عند الحاجة بما يلى :

1 – حديث العتق لا دلالة فيه على جواز التسعير ، وإنما أمر النبى – صلى الله عليه وسلم – بتقويم العبد بثمن المثل وذلك للضرورة ، لأن الرق لا يتنصف ، فليس هناك شخص بعضه حر وبعضه عبد ، وليس فى هذا ظلم ، كما أن ثمن المثل لا يعد من باب التسعير[4].

ويجاب عن ذلك بأن : هذا الحديث صار أصلا فى أن ما لا يمكن قسمته عينا فإنه يباع ويقسم ثمنه على الشركاء ، أو يجبر الممتنع على البيع ، وأيضا صار هذا

---

(1) يراجع : المنتقى للباجى 17/5، بحوث فقهية مقارنة د/محمد فتحى الدرينى 573/1 .

(2) ابن القيم هو : شمس الدين محمد بن أبى بكر بن أيوب الزرعى الدمشقى إمام الجوزية وابن قيم أحد كبار العلماء ، ومن أركان الإصلاح الإسلامى ولد سنة 691 هـ ، بدمشق ، سمع الحديث واشتغل بالعلم تتلمذ على يد شيخ الإسلام ابن تيمية ، وهو الذى هذب كتبه ونشر علمه ، ولقد سجن معه فى قلعة دمشق ، ألف تصانيف كثيرة منها : إعلام الموقعين ، وزاد المعاد ، وإغاثة اللهفان ، والطرق الحكمية فى السياسة الشرعية ، وغيرهم كثير ، وتوفى بدمشق سنة 751 هـ رحمه الله تعالى . يراجع : الأعلام 6/ 56 . البداية والنهاية 14/ 234 وما بعدها .

(3) يراجع : الطرق الحكمية فى السياسة الشرعية 383 ، 384 .

(4) يراجع : بحوث فى البيع د / على مرعى 1 / 102 ، حماية المستهلك فى الفقه الإسلامى د/ رمضان الشرنباصى 70 .

الحديث أصلا فى أن من وجب عليه المعاوضة ، أجبر على أن يعاوض بثمن المثل لا بما يريد من الثمن وأيضا إخراج الشيء من ملك صاحبه قهرا بثمنه للمصلحة الراجحة كما فى الشفعة ، فإذا كان الشارع الحكيم يوجب إخراج الشيء من ملك صاحبه بعوض المثل لتكميل العتق ولم يمكن المالك من المطالبة بالزيادة عن القيمة، فكيف إذا كانت حاجة الناس إلى التملك أعظم كحاجة المضطر إلى الطعام والشراب وغيرهما ، وهذا الذى أمر به النبى – صلى الله عليه وسلم – من تقويم الجميع بثمن المثل هو حقيقة التسعير [1] .

2 – أثر عمر بن الخطاب – رضى الله عنه – مع حاطب ليس فيه تسعير فلا يكون حجة ، وعلى فرض أنه يدل على جواز التسعير ، فقد روى الشافعى فى الأم أن عمر رجع عن أمره حيث قال : " أن الذى قلت لك ليس بعزيمة ولا قضاء وإنما هو شيء أردت به الخير لأهل البلد فحيث شئت فبع وكيف شئت فبع"[2].

ويجاب عن ذلك :

بأن امتناع عمر – رضى الله عنه – عن التسعير ونكوله لم يكن ناشئا عن اعتقاده أن التسعير حرام، ولكن لعدم تحقق وقوع الضرر فى هذه الواقعة فلم يتحقق التسعير الواجب[3] .

3 – لولى الأمر سلطة التدخل لمصلحة المجتمع ، ولكن هذا التدخل مقيد بالالتزام بأحكام الشرع الإسلامى وقد سبقت الأدلة على تحريم التسعير ، وأن المصلحة فى عدمه [4].

---

(1) يراجع : الطرق الحكمية لابن قيم 375 ، 376 ، ولاية الحسبة د / عبد الله محمد 413 ، حماية المستهلك د / رمضان الشرنباصى 70 .

(2) يراجع : الأم ومختصر المزنى 8 / 191 ، الحاوى الكبير للماوردى 7/ 82 ، 83 .

(3) يراجع : الحاوى الكبير للماوردى 7 / 83 ، مجموع فتاوى ابن تيمية 29 / 255 ، بحوث فقهية مقارنة د / محمد فتحى الدرينى 1 / 585 ، 586 .

(4) يراجع : تبيين الحقائق 6 / 28 ، المنتقى للباجى 5 / 18 ، بحوث فى البيع د / على مرعى 1 / 103 .

ويجاب عن ذلك :

لولى الأمر سلطة التدخل لمصلحة المجتمع وحمايته ، والتسعير ليس مخالفا لأحكام الشرع ، وأن المصلحة تكون فى التسعير إذا عجز عن صيانة حقوق المسلمين إلا به (1).

القول الراجح :

بعد بيان أقوال الفقهاء وأدلتهم فى مشروعيته التسعير ومناقشة ما أمكن مناقشته يبدوا لى أن القول الراجح ما ذهب إليه أصحاب القول الثانى من أن التسعير جائز ومشروع ولا بأس به إذا دعت إليه حاجة الناس ، وذلك لقوة أدلتهم وسلامتها مما وجه إليها من مناقشات وأيضا : إن التسعير مطلوب فى هذا الزمان حيث اشتد جشع التجار والمالكين للسلع ، ولم يعد فى ذهنهم إلا تحقيق أعلى ربح دون النظر إلى ما يلحق العامة من ضرر بسبب ذلك ، فكان من العدل أن يتدخل ولى الأمر ليضع أمرا بإلزام التجار والمالكين للسلع ببيعها بالثمن المعتاد الذى روعى فيه جانب المشترى والبائع حتى يسود الإستقرار والأمن فى المجتمع .

---

(1) يراجع : تبيين الحقائق 6 / 28 / المنتقى 5 / 18 ، الحاوى 3/ 83 ، الطرق الحكمية لابن قيم 373 فقه الإمام جعفر 3 / 146 ، النيل 13/ 663 .

الفرع الثانى
تعريف التسعير الجبرى وبيان مشروعيته فى القانون الوضعى

تمهيد :

إن الغلاء قد يكون أمرا مفتعلا يتحكم فيه عادة مجموعة من التجار أو الشركات يكون الهدف من وراء ذلك هو تحقيق الأرباح الخيالية بتحكمهم فى أسعار السلع والحاجيات التى لا غنى للناس عنها .

ولا يمكن أن يقال إن محاربة الغلاء يكون بزيادة المعروض من السلع ليتحقق التناسب مع الطلب ، لأن هذا يتنافى تماما مع الواقع المشاهد، وأيقن المشرع الوضعى ذلك تماما بوجود أزمات مفتعلة ومختلقة بين حين وحين آخر فتدخل ليحقق التناسب بين العرض والطلب ويحافظ على النظام العام بتشريعات تنظيمية الهدف منها تحقيق السيولة لبعض السلع وحماية المستهلك من جشع التجار واستغلالهم بتحديد أثمان بعض السلع والحاجيات .

وفيما يلى توضيح مفهوم التسعير الجبرى وتحديد الجهات المختصة بتحديد الأسعار ومشروعية التسعير فى الفكر القانونى :

أولاً: مفهوم التسعير الجبرى وتحديد الجهات المختصة بتحديد الأسعار :

مفهوم التسعير الجبرى :

هو إجبار الناس على التبايع بسعر معين للسلع بواسطة السلطة المختصة الأمر الذى يستلزم ألا يزيد الثمن فى بيع هذه الحاجات عن هذا السعر المحدد والهدف الذى ابتغاه المشرع الوضعى من وراء ذلك أو من سن تشريعات التسعير الجبرى :

- حسن توزيع السلع بين المستهلكين .
- تحقيق نظام اقتصادى معين بحماية الأموال والحفاظ عليها .
- حماية المستهلك مما يقع به من جشع التجار واستغلالهم .

– حماية الكيان الاقتصادى للدولة ، وتحقيق التوازن فى المصالح الاقتصادية لأن ذلك يمس النظام العام فى الدولة .

وهذا ما تقوم به الدولة فى مصر إذا تضلع السلطة الحاكمة بمسئوليات جسيمة فى سبيل النهوض بالأمة من أجل رفع مستوى البلاد السياسى والاقتصادى والإجتماعى[1].

الجهات المختصة بتحديد الأسعار :

لقد وضع المشرع الوضعى لجنة فى كل محافظة لتحديد أسعار السلع أطلق عليها: لجنة التسعير ، ويتم تأليفها من المحافظ أو مدير الأمن ، أو من يقوم مقامه عند غياب المحافظ بقرار من وزير التجارة والصناعة (التجارة والتموين) بالاتفاق مع وزير الداخلية وتقوم بتعيين أقصى الأسعار للأصناف والمواد الغذائية المنصوص عليها .

ولوزير التموين الحق فى إضافة سلعة أو حذفها من جداول التسعير .

ولا يجوز للجنة التسعير ، تسعير سلعة لم يصدر قرار بتسعيرها أو بإدراجها بجداول التسعير بقرار من وزير التموين .

ويختص وزير الصناعة بتحديد أقصى الأسعار للمنتجات من الصناعة المحلية دون التقيد بالإجراءات المنصوص عليها [2] .

وفى ذلك ينص المرسوم بقانون رقم 163 لسنة 1950 المختص بشئون التسعير الجبرى ، وتحديد الأرباح ، والمعدل بالقانون رقم 28 لسنة 1957 ، والقانون رقم 108 لسنة 1980 والقانون رقم 128 لسنة 1982 على ما يلى :

---

(1) يراجع : الوجيز فى عقد البيع د / عبد المنعم البدراوى 121 ط : 1983م ، الموسوعة الشاملة فى التموين والتسعير الجبرى : لمعوض عبد التواب 5 ، 6 ط : 1978م ، المكتبة القومية للنشر والتوزيع ، تشريعات التموين والتسعير الجبرى . لفرج هليل 24 ط : 1980م نشر دار المطبوعات الجامعية . قانون العقوبات الخاص د / حسن صادق المرصفاوى 788 ط : 1975م نشر منشأة المعارف الإسكندرية

(2) يراجع : تشريعات التموين والتسعير الجبرى : فرج هليل 3، 17 ، التشريعات التموينية : م / أنور طنبة 490 . الموسوعة الشاملة فى التموين والتسعير الجبرى ، معوض عبد التواب 8 – 13 .

المادة الأولى: " يكون فى كل محافظة وفى كل عاصمة مديرية لجنة برئاسة المحافظ أو مدير الأمن أو من يقوم مقامه تسمى لجنة التسعير ، وتؤلف هذه اللجان بقرار من وزير التجارة والصناعة بالاتفاق مع وزير الداخلية " .

المادة الثانية: " تقوم اللجنة بتعيين أقصى الأسعار للأصناف الغذائية المبينة بالجدول الملحق بهذا المرسوم بقانون ، ولوزير التجارة والصناعة بقرار يصدره تعديل هذا الجدول بالحذف أو الإضافة ، ويعلن المحافظ أو المدير جدول الأسعار التى تعينها اللجنة فى مساء يوم الجمعة من كل أسبوع ، ويكون الإعلان بالكيفية التى يصدر بها قرار من المحافظ أو المدير " .

وصدر قرار التموين رقم 46 لسنة 1978 فنص فى المادة الأولى على أنه : " يفوض السادة المحافظون كل فى دائرة محافظته بتشكيل لجنة التسعير المحلية ".

المادة الثانية : " للجان المشكلة بموجب المادة السابقة الاستعانة بمن تراه من ذوى الخبرة حسب ظروفها على أن يكون من بينهم اثنين على الأقل أحدهما من تجار الجملة والثانى من تجار التجزية ، ويتم اختيارهم بمعرفة مديرية التموين بالاشتراك مع الغرفة التجارية بالإضافة إلى ممثلة عن التنظيم النسائى بالاتحاد الاشتراكى العربى بالمحافظة [1].

ويختص وزير التجارة والصناعة (وزير التموين) برئاسة لجنة عليا لوضع أسس تعيين الأسعار وغيرها من الأمور المتعلقة بمكافحة الغلاء حيث تنص المادة الثالثة من المرسوم بقانون السابق ذكره على أن:

" تؤلف بقرار من مجلس الوزراء بناء على طلب وزير التجارة والصناعة لجنة عليا برئاسته تختص بما يأتى :

1 – وضع أسس تعيين الأسعار للجان التسعير المنصوص عليها فى المادة الأولى.

2 – النظر فى الشكاوى التى تقدم عن جداول الأسعار التى تضعها اللجان المذكورة

3 – مراقبة حركة الأسعار .

---

(1) يراجع : التشريعات التموينية : أنور طلبة 530 ، 531 .

4 – اقتراح ما يؤدى إلى تحقيق مكافحة الغلاء .

ولقد قضت محكمة النقض المصرية بأن الأسعار التى تحددها لجان التسعير ملزمة للكافة وفى مخالفتها جريمة ولا تجوز المعارضة فيها أمام المحاكم [1].

ثانياً : مشروعية التسعير :

إذا كان الأصل فى التعاقد أن للمتعاقدين مطلق الحرية فى تقدير وتعيين الثمن ، وكل ما يتعلق بالعقد المبرم بينهما ، وذلك وفقا لنص المادة 147 / 1 من القانون المدنى والتى تقضى بأن : "ا لعقد شريعة المتعاقدين " .

إلا أن هذه الحرية ليست مطلقة : فقد تقيد فى بعض الأحوال كما فى حالة التسعير الجبرى وتسعير المرافق العامة من مياة ، وغاز وكهرباء ، فالثمن مفروض على البائع وليس من تقديره واختياره .

ولقد تدخل المشرع الوضعى بتحديد ثمن بعض السلع لاعتبارات تتعلق بالنظام العام الاقتصادى أو المالى للدولة ، وحماية للمستهلك ، وأصدر المرسوم بقانون رقم 163 لسنة 1950 والمعدل بالقانون رقم 28 لسنة 1957 ، والقانون رقم 108 لسنة 1980م ، والقانون رقم 128 لسنة 1982 الخاص بشئون التسعير الجبرى وتحديد الأرباح ، فوفقا لما نص عليه المشرع الوضعى فى هذه التشريعات الخاصة بالتسعير الجبرى ، يتضح أنها تفرض قيدا هاما على حرية المتعاقدين فى تحديد الثمن ، فلا يجوز البيع بسعر يزيد على الثمن المحدد .

ففى أوقات الحروب والأزمات الاقتصادية وارتفاع الأسعار عن طريق جشع التجار والمالكين أي غلاءاً مفتعلا ، فلا يجوز للدولة أن تقف مكتوفة اليدين أمام ارتفاع أسعار الحاجيات الأولية الضرورية إرتفاعاً باهظاً، وتترك للمتعاقدين مطلق الحرية

---

(1) يراجع : التشريعات التموينية : أنور طلبة 490 ، تشريعات التموين : فرج هليل 3 ، 4 ، الموسعة الشاملة : معوض عبد التواب 11 / 12 ، مجموعة أحكام محكمة النقض طعن 260 لسنة 33 ق نقض جنائى جلسة 8 / 2 / 1986م ، الموسوعة الذهبية د / عبد المنعم حسنى 4 / 973 . طعن 190 لسنة 18 جلسة 16/11/ 1950م .

فى تعيين الثمن فى قانون البيع ، وفقا لقانون العرض والطلب ، ولقد أحسن المشرع الوضعى حينما تدخل بوضع تشريعات خاصة بالتسعير الجبرى ، حيث إنه فى الدول الاشتراكية التى فيها مصلحة الجماعة فوق مصلحة الفرد ، تتدخل الدولة فى الإنتاج والتوزيع ، وتضع لذلك تخطيطا يهدف إلى تنمية الثروة القومية والدخل الوطنى بتحديد أسعار أكثر السلع تحديدا رسميا [1].

---

(1) يراجع : عقد البيع د / سليمان مرقس 171 ، 172 ، الوجيز فى عقد البيع د / عبد المنعم البدراوى 121 ، الوسيط

د/ السنهورى 4/ 370 هامش 2 ، ط : دار إحياء التراث العربى ، التشريعات التموينية : م / أنور طلبة 490 وما بعدها ، تشريعات التموين : فرج هليل 3 ، 24 ، مجموعة أحكام محكمة النقض طعن 56 لسنة 35 ق نقض جنائى جلسة 4/ 2 / 1969م.

الفرع الثالث
الموازنة بين موقف الفقه الإسلامى والقانون الوضعى
من تعريف التسعير الجبرى وبيان مشروعيته

بعد بيان موقف الفقه الإسلامى والقانون الوضعى فى هذه المسألة يتضح ما يأتى:

1 – لقد اتفق القانون الوضعى مع الفقه الإسلامى فى مفهوم التسعير وأنه تحديد الثمن لبعض السلع والحاجيات ، ولا يجوز أن يزيد الثمن عن هذا السعر المحدد .

2 – لقد اتفق القانون الوضعى مع ما ذهب إليه جمهور الفقهاء المسلمين الذين جوزوا التسعير بأن الذى يتولى أمر التسعير لجنة معينة من نخبة من التجار، أو من موظف مختص تعينه الدولة لذلك ، حيث نص الفقهاء المسلمون على أن من يقوم بالتسعير الإمام أو من يقوم مقامه، واللجنة المختصة أو الموظف المختص يقوم مقام الإمام .

3 – لقد تدخل المشرع الوضعى وقيد من حرية المتعاقدين فى تحديد ثمن السلع الضرورية والتى لا غنى عنها وذلك بالتسعير الجبرى ، وإن كان الأصل هو مطلق الحرية للمتعاقدين ، وبهذا الاتجاه الذى سلكه المشرع الوضعى يتفق مع ما ذهب إليه جمهور الفقهاء المسلمين الذين أجازوا التسعير إذا دعت إليه الحاجة العامة لمقاومة الاحتكار ، ومحاربة المغالاة فى الأسعار من التجار والمالكين ، بل قال بعضهم إنه واجب .

فلذا كان موقف القانون الوضعى متفقا فى مفهوم التسعير الجبرى وفى مشروعيته مع ما ذهب إليه جمهور الفقه الإسلامى .

المطلب الثانى
شروط الإجبار على البيع بالسعر الذى يعينه الحاكم

وفيه ثلاثة فروع :

الفرع الأول : شروط الإجبار على البيع بالسعر الذى يعينه الحاكم في الفقه الإسلامى

الفرع الثانى: شروط الإجبار على البيع بالسعر الذى يعينه الحاكم فى القانون الوضعى

الفرع الثالث : الموازنة بين موقف الفقه الإسلامى والقانون الوضعى من شروط الإجبار على البيع بالسعر الذى يعينه الحاكم .

الفرع الأول
شروط الإجبار على البيع بالسعر
الذى يعينه الحاكم فى الفقه الإسلامى

تمهيد :

إن الإسلام اهتم بأن يكون كسب الإنسان للمال طيبا حلالا أخذه بالمعروف ، وابتعد فيه عن الاستغلال لحاجة المحتاج ، وألا يكون قد أخذ ثمن سلعته أضعافا مضاعفة .

فإذا تحول التاجر من السعر العادل الذى يقتضيه العرف الطبيب للأسعار ، فقد خرج عن دائرة الحق ، وأصبح مضاراً لمجتمع ظالما له ، ومن ثم وجب الأخذ على يديه ، وإلزامه حدود القسط والعدل ومنع ضرره بالناس ، ولا يكون ذلك إلا بإلزامه بسعر معين يجبر على البيع به .

ولقد أوضحت فى الفرع الأول من المطلب السابق أن النبى – صلى الله عليه وسلم – لم يسعر حينما طلب منه [1] لأن الغلاء كان أمرا طبيعيا فى حالة طارئة ، ولم يكن من استغلال التجار وطمعهم وترك ذلك إلى أخلاقهم وضمائرهم حسب العرض والطلب [2].

ولقد قال ابن القيم : " إذا تضمن التسعير ظلم الناس وإكراههم بغير حق على البيع بثمن لا يرضونه أو منعهم ما أباح الله لهم، فهو حرام .... " وإذا تضمن التسعير العدل بين الناس مثل إكراههم على المعاوضة بما يجب عليهم بثمن المثل ومنعهم مما يحرم عليهم من أخذ الزيادة على عوض المثل فهو جائز بل واجب"[3].

فعند عدم الاحتكار والامتناع عن البيع ، فنترك المسألة للعرض والطلب وتغيرات الأسواق ولا يسعر عليهم ، وهذا أمر ليس فى مصلحة المجتمع ، لأنه لن يتحقق ذلك .

وعند الاحتكار والامتناع عن البيع ، وهذا أمر مشاهد ملموس فى المجتمع ، فإنه يسعر عليهم ويجبرون على البيع بما سعر عليهم وذلك لحاجة الناس إلى هذه السلع والمرافق والخدمات ، فلذلك كان من العلاجات التى عالج بها الإسلام المشكلة الاقتصادية وقاوم بها الاحتكار والاستغلال : التسعير ، لأنه أوجب على الحاكم أو ولى الأمر أن يتدخل إذا تبين له ظلم التجار وجشعهم ومحاولتهم للكسب أضعافا مضاعفة مستغلين فى ذلك الضعفاء من الناس وتعدوا فى تجارتهم تعديا فاحشا يضر بالسوق ، وذلك بتحديد سعر معين وثمن محدد للسلع والخدمات صيانة لحقوق الناس ومنعا للاحتكار ورفعا للظلم الواقع عليهم .

---

(1) يراجع : ص 217 .

(2) يراجع : الفقه الإسلامى وأدلته للزحيلى 4/ 2697 . مجلة البحوث الفقهية المعاصرة العدد 44 ص 31 32 السنة الحادية عشر (حق التملك د / حسين سمرة) .

(3) يراجع : الطرق الحكمية لابن قيم 355 .

ففى ذلك إخراج للسلع من ملك أصحابها بغير رضاهم ، كأن القاضى أو ولى الأمر فى التسعير يأخذ ما يملكه البائع جبرا ويبيعه بسعر المثل الذى سعر به [1].

ولقد حدث أن أجبر الرسول – صلى الله عليه وسلم – سمرة بن جندب على بيع نخلته حينما اشتكاه الأنصارى إلى الرسول – صلى الله عليه وسلم – فأمره الرسول – صلى الله عليه وسلم – بقلعها فلم يفعل فأذن لصاحب الأرض أن يقلعها ، وقال لصاحب الشجرة إنما أنت مضار [2].

حيث أوجب الرسول صلى الله عليه وسلم القلع لما فى ذلك من مصلحة صاحب الأرض ولو لحق صاحب الشجرة ضرر فهو يسير . لأن ضرر صاحب البستان ، أعظم ببقاء الشجرة فى أرضه ، والشارع الحكيم يوجب دفع أعظم الضررين بأيسرهما .

فهذا يدل على وجوب البيع عند حاجة المشترى ، وأن البائع يجبر عليه ، ولكن أين حاجة هذا الرجل من حاجة الناس إلى الطعام واللباس وغيرهما من الدواء وما يحتاج إليه الناس ، فوجوب المعاوضة والإجبار عليها بثمن المثل عند حاجة الناس إلى السلع والمنافع من باب أولى ، وهذا هو التسعير الجبرى [3].

لذلك وضع الفقهاء القائلون بجواز التسعير الجبرى شروطا لابد من تحققها وتوافرها مادام السعر عادلا مراعيا فيه الإمام عند تقديره مصلحة كل من البائع والمشترى .

---

(1) يراجع : الطرق الحكمية 356 ، بحوث فى البيع د / على مرعى 1 / 104 ، مجلة البحوث الفقهية العدد 44 ص 32 (حق التملك د / حسين سمرة) .

(2) يراجع : عون المعبود شرح سنن أبى داود لأبى الطيب آبادى فى كتاب القضاء 3 / 352 ط : المكتبة السلفية وزكره الشوكانى تعليقا فى نيل الأوطار 5 / 382 ، البيهقى فى سننه 6/ 157 .

(3) يراجع : الطرق الحكمية لابن قيم 382 ، 393 ، بحوث فقهية مقارنة د / محمد فتحى الدرينى 1 / 565 .

وهذه الشروط هى :

1 – شدة الحاجة .

2 – تعدى التجار فى القيمة تعديا فاحشا .

3 – أن يتعين التسعير لرفع الضرر .

4 – أن يكون الغلاء مفتعلاً .

5 – أن يكون السعر عدلا للطرفين وأن يكون الإمام عدلا وأن يستعين بأهل الخبرة عند التسعير – **وأوضح هذه الشروط بشيء من التفصيل فيما يلى :**

الشرط الأول : شدة الحاجة :

لقد اتفق الفقهاء القائلين بجواز التسعير على ضرورة توافر شدة احتياج الناس إلى السلع أو المنافع أو الخدمات التى غلا سعرها ، حتى يكون لولى الأمر الحق فى التسعير من أجل رفع الضرر اللاحق للعامة من احتياجهم لهذه الأشياء فأصحاب الأعمال كالنساجة والبناء يجبروا بعوض المثل ، أما إذا لم يكن لهم حاجة فى هذه السلع والخدمات بأن كانت متوافرة ولم يرتفع سعرها نتيجة تحكم التجار فيها ، فليس هناك حاجة للتسعير .

ولقد منع الزيدية التسعير للقوتين – قوت الأدمى وقوت البهيمة – ولو اشتدت حاجة الناس إليهما ، وقصر المالكية التسعير عند الاحتياج ، على المكيل والموزون أى من المثليات أما ما عدا ذلك فلا يجوز تسعيره ولو اشتدت حاجة الناس إليه ، لأن القيمة تعرف بالوزن والكيل وما يلحقها من الصناعات التى يثبت التماثل فيها كالذهب والنحاس والفضة ، وأن تستوى الجودة لأن لها حظا من الثمن كالمقدار[1].

وأرى أن ما ذهب إليه جمهور الفقهاء هو الأولى بالاتباع من أنه إذا اشتدت حاجة الناس إلى السلع والمنافع والخدمات سواء كان قوتا أو غيره لأدمى أو غيره

---

(1) يراجع : تبيين الحقائق 6/ 28 ، الهداية شرح البداية 4 / 206 ، المنتقى 5 / 18 ، الطرق الحكمية 359 ، 367 ، البحر نزخار 4/ 319 ، شرائع الإسلام 2 / 21 ، شرح كتاب النيل 13/ 663 .

مكيلا أو موزونا فإنه يسعر عليهم ويجبروا على البيع بالثمن الذى حدده الإمام أو من يقوم مقامه .

الشرط الثانى : تعدى التجار فى القيمة تعديا فاحشا :

إذا تعدى التجار والمالكين وأصحاب الأعمال فى ثمن السلع والمنافع والخدمات التى يحتاج الناس إليها تعديا فاحشا بأن كان الثمن مائة والربح مائة وعجز الإمام أو ولى الأمر عن صيانه حقوق المسلمين فيجوز لـــه التسعير ، ويجبروا على البيع بما سعره الإمام لهم [1].

إلا أن شرط التعدى الفاحش ومجاوزة ضعف القيمة ليس من شأنه أن يحقق رعاية المصالح العامة غالبا ، لا سيما حق الفقراء ومتوسطى الحال ، لأن تجاوز التاجر ضعف القيمة أى بما يزيد عن مائة فى المائة يلحق ضررا بالغا بمعظم الناس ، ويعتبر هذا محاباة للتجار بتوسيع نطاق حريتهم فى التصرف والاستغلال ، لأن أي تاجر لا يطمع أن يحقق ربحا يزيد عن ضعف القيمة ، فهذا الشرط قد يحقق جشع التجار ويضفى على استغلالهم صفة المشروعية .

لذا أرى أن يكون الشرط أن يتعدى التاجر فى القيمة بما يجاوز الحد المألوف فى الأسعار، فإذا جاوز الحد المألوف والمتعارف عليه بأن كان الغلاء بفعل التجار فإنه يتدخل الإمام بالتسعير ويجبروا على البيع بما ألزمهم به ولا ينتظر تعديهم الفاحش فى القيمة [2].

الشرط الثالث : أن يتعين التسعير لرفع الضرر :

لقد اتفق الفقهاء القائلين بجواز التسعير على أنه يشترط لتولى الإمام تسعير بعض السلع والحاجات وإلزام التجار بالبيع بهذا السعر الذى عينه : أن يكون التسعير متعينا لرفع الضرر ودفع حاجة الناس ، وذلك بأن كان لا يمكن رفع الضرر ودفع

---

(1) يراجع : تبيين الحقائق 6/ 28 ، الهداية شرح البداية 4 / 206 ، الفتاوى الهندية 3 / 214 الطرق الحكمية 356 ، الروضة الندية 2 / 104 .

(2) يراجع : بحوث فقهية مقارنة فى الفقه الإسلامى د / محمد فتحى الدريني 1 / 591 .

حاجة الناس إلا به فحينئذ يصبح متعينا ، لأنه يكون وسيلة إلى محاربة الاحتكار والغلاء ، فإذا عجز الإمام أو من يتولى أمر المسلمين عن معالجة هذه الظاهرة إلا بالتسعير لصيانة حق العامة من الناس والمجتمع بأكمله فيصبح جائز أو مشروعا ، أما إذا استطاع منع الضرر عن المجتمع بتوفير السلع وغير ذلك ، وحارب الجشع والاحتكار بدون تسعير ، فلا يجوز التسعير [1].

الشرط الرابع : أن يكون الغلاء مفتعلا [2] :

لقد اتفق الفقهاء على أنه إذا كان الغلاء أمرا طبيعيا بسبب كثرة الخلق الذى أدى إلى التضخم السكانى مع قلة الإنتاج ، أو كان بسبب حرب أو غير ذلك من الأسباب التى ليس للإنسان فيها يد ، فهذا إلى الله مادام الناس يبيعون سلعهم من غير ظلم على الوجه المعروف فإلزامهم بسعر معين يكون إكراه بغير حق .

أما إذا تعدوا وتحكموا فى الأسعار بغير سبب طبيعى كشجعهم وطمعهم فى زيادة أرباحهم فإنه يسعر عليهم الإمام ويلزمهم بما سعر عليهم جبرا عنهم ، وهذا يعد إكراها بحق أباحه الشارع الحكيم رفعا للضرر [3].

الشرط الخامس : أن يكون السعر عدلا للطرفين ، وأن يكون الإمام عدلا مستعينا بأهل الخبرة عند التسعير :

فلقد اتفق الفقهاء أيضا لجواز التسعير أن يكون السعر الجبرى الذى يلتزموا به عدلا للطرفين أى لا يكون ضارا أو مجحفاً بأى من المتعاقدين البائع أو المنتج ،

---

(1) يراجع : تبيين الحقائق 6 / 28 ، الهداية شرح البداية 4 / 206 ، الفتاوى الهندية 3/ 214 المنتقى للباجى 5/ 18 ، الطرق الحكمية 356 .

(2) مفتعلا : أى مصطنعا وغير حقيقى : فيقال ، افتعل الشيء : اختلقه وزوره ، وافتعل الحديث وافتعل عليه الكذب . اختلقه . يراجع : المصباح المنير 284 ، المعجم الوسيط 728 .

(3) يراجع : الهداية شرح البداية 4 / 206 . فتاوى ابن تيمية 29/ 254 ، الطرق الحكمية 356 ، الحسبة لابن تيمية 33 ، شرح كتاب النيل 13/ 663 .

وكذلك المشترى أو المستهلك لقول الله تعالى : ﴿ ولا تبخسوا الناس أشياءهم ﴾ [1] .

والبخس إنقاص للحق ، وهو ظلم ، والظلم محرم أيا كان مصدره وموقعه .

وأن يكون الإمام أو من يقوم مقامه عدلا ، غير مشهور بالظلم والجور ، وأن يتولى التسعير بالعدل الذى لا وكس فيه ولا شطط مستعينا بأهل الخبرة والرأى والبصيرة العدول الأمناء لمعرفة أحوال السوق وأصحاب الصناعات مما يمس حق المسلمين ومصالحهم حتى تضمن العدالة ورعاية حقوق البائع والمشتري .

ولقد أوجب المالكية : أن تشكل لجنة على نحو خاص لتحديد الأسعار لتكون ضمانا لتحقيق العدل والتوازن ، وتكون أبعد عن المحاباة والإرتجال والتحكم فى التسعير ، وتجمع أهل السوق وتسألهم كيف يبيعون وكيف يشترون ، وينازلوهم على السعر حتى تتوصل اللجنة إلى معرفة مصالح المسلمين البائعين والمشترين ، ويرضوا على سعر معين حيث يجعل لهم من الربح ما يقوم بهم ، ولا يكون فيه إجحاف لهم .

فإذا سعر بما لا ربح لهم فيه ، أو لم يرضوا به أدى ذلك إلى فساد الأسعار ، وإخفاء الأقوات وإتلاف أموال الناس .

وإن كان بعض الفقهاء – الأحناف – لم يشترطوا تشكيل لجنة خاصة ، إلا أن الأفضل والأضمن لتحقيق العدل والتوازن هو وجود تلك اللجنة التى تتولى مسئولية التسعير لمراعاة جانب الطرفين .

ولقد أجاز بعض الإمامية أن يتولى التسعير جماعة عدول مسلمين عند تعذر الوصول للحاكم [2] .

---

(1) جزء من الآية رقم 85 من سورة الأعراف .

(2) يراجع : تبيين الحقائق 6 / 28 ، الهداية شرح البداية 4/ 206 ، المنتقى 5/ 19 ، الطرق الحكمية 374 ، وسائل الشيعة 12/ 316 ، فقه الإمام جعفر الصادق 3 / 145 ، الروضة الندية 2 / 104 ، شرح كتاب النيل 13 / 663 ، الفقه الإسلامى وأدلته للزحيلى 4 / 2696 ، بحوث مقارنة فى الفقه الإسلامى د/محمد فتحى الدريني 1 / 588 وما بعدها .

فهذه الشروط السابقة يتوقف عليها عدالة التسعير وتوفير الثقة للطرفين وضمانا لسرعة الاستجابة والامتثال ، فلذا كان لابد من وضع ضوابط معينة لتحقيق السعر العادل الذى لا يلحق ضررا بالبائع ولا يرهق المشترى بأن يكون هناك تناسب بين تكاليف الإنتاج والتسويق والشراء ، وغير ذلك من العناصر ، ثم تقدير ربح عادل وتعيين سعر يقع عليه البيع .

ففى تسعير الإمام إجبار على البيع وإلزام بالسعر الذى عينه رضى البائع أم أبى وفى ذلك إخراج للسلع عن ملكهم ولو بغير رضاهم ويتملكها المشترى جبرا عنهم .

فلو باع بما سعر عليه فبها ونعمت ، وإن خالف وباع بأزيد مما سعر ، فإنه يعزر على ذلك لما فيه من مجاهرة الإمام بالمخالفة .

وفى صحة بيعه وجهان : أحدهما : البيع باطل ، والثانى : وهو الأصح أن البيع صحيح وينعقد ولا يبطل، ومخالفة التسعير والغلو فى الثمن بما يزيد عن المحدد من المنكرات بل هو أمر محرم شرعا لما فيه من إضرار بالمصالح العامة ، وللإمام منع ذلك والعقاب عليه بما يراه زجرا له ، ويتفقد السوق الموكل بمصلحته ، ويمنع من الزيادة عن الربح أو السعر المحدد ، ومن خالف عاقبه وأخرجه من السوق ، ومخالفة التسعير تشمل كل ما يحتاج إليه الناس ويوقعهم حرمانهم منه أو التغالى فى سعره فى ضيق أو حرج غير معتاد .

فمن يبيع بأنقص من السعر المحدد ، فإنه يقام من السوق عند الإمام مالك حتى لا يضر بسائر أهل السوق ، فالتسعير عند الاحتياج إليه إذا اشتدت حاجة الناس إلى السلع وتعدى التجار فى ثمنها وكأن ذلك بفعل التجار فإنه يصبح متعينا ، وإذا تعين طريقا للواجب كان واجبا بالضرورة ، لأن العدل واجب تحقيقه ، وهو تدبير وقائى يمنع دون استغلال حاجة الناس ، وتدبير علاجى يعالج الأزمة أبان وقوعها [1] .

---

(1) يراجع : تبيين الحقائق 6 / 28 ، المنتقى 5 / 18 ، مغنى المحتاج 2 / 53 ، تكملة المجموع الثانية للمطيعى 13/ 34 ، الحاوى 7 / 84 ، الطرق الحكمية 370 ، الإنصاف 4 / 338 ، الفقه الإسلامى وأدلته للزحيلى 4/ 2691 ، 2697 ، فقه المعاملات المالية د / محمد الصياد 167 ط : 1411هـ ،=

الفرع الثانى

شروط الإجبار على البيع بالسعر الذى يعينه الحاكم فى القانون الوضعى

تمهيد :

لقد تدخل المشرع الوضعى بتشريعات خاصة بالتسعير الجبرى من شأنها أن تحقق السيولة والوفرة لبعض السلع عن طريق سعر وثمن محدد لأكثر السلع يلتزم بها البائع ووضع أيضا تشريعات أخرى يفرض بموجبها عقوبة جنائية فى حالة مخالفة الأحكام التى سعى إلى تحقيقها ، وأتناول فى هذا الفرع الإجبار على البيع بالسعر الإلزامى الذى تحدده الجهات المختصة بوضع الأسعار ، ثم أبين حكم البيع بأكثر من السعر المقرر أو الامتناع عن البيع وجزاء ذلك فيما يلى :

أولا : الإجبار على البيع بالسعر الإلزامى :

إذا كان الأصل أن للمتعاقدين مطلق الحرية فى تحديد مقدار الثمن فى عقد البيع ، إلا أن المشرع الوضعى قد تدخل فى بعض الحالات ووضع قيودا على هذه الحرية فى تحديد الثمن ، وذلك بفرض تسعيره جبرية إلزامية لبعض السلع والخدمات بمقتضاها يلتزم كل من البائع والمشترى بما حدده المشرع لا تجوز الزيادة عليه ، وكذلك إذا تم البيع بالمزاد الجبرى أو بنزع الملكية للمنفعة العامة ، فإن الملكية تنتقل من المالك الذى يعتبر بائعا دون توقف على إرادته ، وكذلك يحدد الثمن على غير إرادته ، فيحدد عن طريق المزاد فى البيع الجبرى بين مقدم أكبر عطاء ، أو القاضى القائم بالبيع ، أو جهة الإدارة أو أهل الخبرة الذين تندبهم المحكمة لذلك فى نزع الملكية للمنفعة العامة .

وبناء على ذلك : فإن تعيين الأسعار ملزما لجميع الأشخاص الذين يبيعون كل أو بعض الأصناف والمواد والسلع التى يتناولها التسعير .

=ولاية الحسبة د / عبد الله محمذ 417 ؛ فتاوى ابن تيمية 209 ، 255 ، بحوث فقهية مقارنة د/محمد فتحي الدريني 1 / 605 .

وفى ذلك إخراج للملكية بنقل السلع من مالكيها إلى الغير جبرا عنهم ، ويتملكها المشترى دون التوقف على إرادة البائع رضى بالسعر أم أبى ؟

وهذا تملك جبرى مشروع بنص المشرع الوضعى عليه [1] .

والإجبار على البيع بالسعر الإلزامى الذى حدده المشرع لا يسرى بأثر رجعى فلا يؤثر على البيوع التى انعقدت قبل صدوره ، وإذا عدلت التسعيرة ، فلا يلتزم المشترى إلا بالسعر السارى عند انعقاد البيع لا بالسعر المعدل وقت التسليم .

ويجوز الاتفاق على أن يكون الثمن هو السعر الجبرى السارى عند التسليم إذا كان البيع مؤجلا والتسليم على فترات متتابعة .

أما القرارات المحددة للأسعار الجبرية تطبق بأثر فورى كما قضت بذلك محكمة النقض المصرية بحيث تسرى على الأسعار المحددة فيها على ما لم يكن قد تم بيعه من السلع قبل صدورها دون اعتبار لما قد يلحق أصحاب هذه السلع من خسارة نتيجة فرض تلك الأسعـــار [2] .

ثانياً : البيع بأكثر من السعر الإلزامى أو الامتناع عن البيع وجزاء ذلك .

أ – البيع بأكثر من السعر الإلزامى وجزاء ذلك :

لقد ذكرت أن التسعيرة الجبرية تعتبر قيدا على حرية المتعاقدين فى تحديد الثمن ومن ثم فهذه التسعيرة الجبرية تعتبر حدا أعلى لما يجوز الاتفاق عليه بين

---

(1) يراجع : الوافى فى شرح القانون المدنى – عقد البيع د / سليمان مرقس 171 ، الوجيز فى عقد البيع د / عبد المنعم البدراوى 121 ، 122 ، تشريعات التموين والتسعير الجبرى : فرج هليل 3 الموسوعة الشاملة فى التموين والتسعير الجبرى وأمن الدولة : معوض عبد التواب 85 ، 478 التشريعات التموينية: أنور طلبة 490 ، مجموعة أحكام محكمة النقض (طعن 348 لسنة 28 نقض مدنى جلسة 12/12/ 1963م ، طعن رقم 1320 س 24 ق جلسة 12/20/ 1973م ، طعن 56 لسنة 35 ق نقض جنائى جلسة 4/ 2 / 1969م .

(2) يراجع : الموسوعة الذهبية د/ عبد المنعم حسنى 4/ 974 ، طعن 348 لسنة 28 ق نقض مدنى جلسة 3/12/ 1963 س 14 ص 1139 ، الوافى فى شرح القانون المدنى د / سليمان مرقس 171 ، الوجيز فى عقد البيع د / عبد المنعم البدراوى 121، 122 ، تشريعات التموين / فرج هليل 3 التشريعات التموينية م / أنور طلبة 490 .

المتعاقدين من ثمن فى عقود البيع ، وكل اتفاق على ثمن يجاوز هذا الحد الأعلى يقع باطلا ولا يعمل به ، ولكل من الطرفين التمسك بالبطلان فى أى وقت ، فيجوز الامتناع عن التنفيذ ، أو إعادة الحال بعد التنفيذ إلى ما كانت عليه قبل التعاقد ، وللمشترى مطالبة البائع بتعويض عن تسببه فى بطلان البيع بعمله غير المشروع ، أى البيع بأكثر من السعر الجائز قانونا .

ولقد وضع المشرع الوضعى سعرا إلزاميا لبعض السلع لا تجوز مخالفته ولا الخروج عليه حفاظا منه على رعاية حق المستهلك الضعيف .

فمن باع سلعة بأزيد من السعر المحدد لها ولم يلتزم بما فرضه المشرع الوضعى فقد وضع له جزاء مخالفة ذلك نوعين من الجزاء :

أحدهما : ما نص عليه المشرع فى المادة التاسعة من المرسوم بقانون رقم 163 لسنة 1950 والمعدل بالقانون رقم 128 لسنة 1982م " يعاقب بالحبس مدة لا تقل عن سنة ولا تجاوز خمس سنوات ، وبغرامة لا تقل عن ثلاثمائة جنيه ولا تزيد على ألف جنيه أو بأحدى هاتين العقوبتين كل من باع سلعة مسعرة جبريا أو محددة الربح أو عرضها للبيع بسعر أو بربح يزيد عن السعر المحدد " .

فمن خلال النص السابق يتضح أن المشرع الوضعى قد وضع العقاب لكل من تسول له نفسه بأن يبيع سلعة بسعر يزيد على السعر أو الثمن المقرر لها ولو قبل المشترى الزيادة فى السعر ، أو يعرض السلعة للبيع ولو لم يتم بيعها بالفعل ، ووجود السلعة فى المحل يعتبر عرضا للبيع [1] .

---

(1) يراجع : تشريعات التموين والتسعير الجبرى : فرج هليل 5، 6، 20 ، 22 ، التشريعات التموينية أنور طلبة 492 ، الموسوعة الشاملة : معوض عبد التواب 87 ، عقد البيع د / سليمان مرقس – 271 ، الوجيز فى عقد البيع د / عبد المنعم البدراوى 122 ، قانون العقوبات الخاص د / حسن صادق المرصفاوى 794 ، مجموعة أحكام محكمة النقض طعن 260 لسنة 33 ق نقض جنائى جلسة 2/8/ 1968 . طعن 213 لسنة 54 ق نقض جنائى جلسة 1/1/ 1986م . الموسوعة الذهبية د / عبد المنعم حسنى 4/ 975 . 976 ، طعن 26 لسنة 33 ق نقض مدنى جلسة 8 / 12/ 1986 س 19 ص1243 ، نقض مدنى جلسة 11/2/ 1971م .

فحماية للوضع الاقتصادى للدولة ، وللمستهلكين من جشع التجار وتجاوزهم السعر المقرر للسلع المسعرة جبريا ، وضع العقاب السابق لكى يكون رادعا لهؤلاء الذين يبيعون بأكثر من السعر الإلزامى الذى عينه الحاكم .

الثانى : أى الجزاء الثانى على من يبيع سلعة بأزيد من السعر المحدد لها علاوة على الجزاء الأول .

يختص بموقف العقد الذى تم بين إبطاله كلية ، أو الاقتصار على تخفيض الثمن إلى السعر المحدد .

فاختلف فقهاء القانون فى ذلك إلى فريقين :

يرى الفريق الأول : أن البيع يبطل بطلانا مطلقا إذا تم بسعر أعلى من السعر الرسمى الجبرى ، وللبائع والمشترى التمسك به ، وإعادة الحال إلى ما كان عليه قبل التعاقد ، وليس للقاضى تعديل الثمن أو التعويض .

ويرى الفريق الثانى : أن العقد لا يبطل كلية ولكن يقتصر على تخفيض الثمن إلى السعر المحدد [1] .

والقول الأول مردود : لأنه لا يحقق هدف المشرع من التسعير الجبرى ، وهو تيسير حصول المستهلك على السلع الضرورية بثمن مناسب ، وفى إبطاله البيع وإلزامه برد السلعة ما قد يجعله يحجم عن طلب البطلان إذا كان فى حاجة ماسة إلى السلعة .

فلذا كان القول بتخفيض الثمن إلى السعر المحدد ، والمشترى يأخذ المبيع فى مقابل ثمنه الرسمى ويسترد ما دفعه زائدا على ذلك الثمن دون إبطال البيع هو الأولى بالقبول .

وهذا يتفق مع حكم القواعد العامة التى تقرر أن العقد إذا كان باطلا فى شق منه فهو وحده الذى يبطل ، والشق الباطل هنا هو إلزام المشترى بدفع القدر الزائد عن الثمن المحدد.

---

(1) يراجع : الوجيز فى عقد البيع د / عبد المنعم البدراوى 123، عقد البيع د / سليمان مرقس 172.

وهذا يتفق أيضا مع الهدف من التسعير الجبرى للسلع الضرورية إذ يحقق مصلحة المستهلك فى الحصول على السلعة بالثمن المحدد ، ويردع البائع ويمنعه عن الخروج عن التسعيرة الجبرية .

وكثيرا ما تنص قوانين التسعيرة على إلزام البائع برد الفرق إلى المشترى فضلا عن العقوبات التى يتعرض لها [1] .

ب - الامتناع عن البيع وجزاء ذلك :

لا يجوز للبائع أن يمتنع عن بيع سلعة مسعرة تسعيرا إلزاميا من قبل الجهات المختصة ، متعللا فى ذلك بعلة منعته من البيع .

فمتى كانت السلعة مسعرة أو محددة السعر وعرض المشترى الثمن على البائع وجب على البائع أن يبيعها وليس له أن يتعلل بأى علة فى الامتناع عن البيع ، ويقول أن هذه العلة هى سبب امتناعه ، لأن القانون أراد أن يخرج على الأصل فى حرية التجارة لتبرير وسائل العيش الضرورية للناس ، فحدد أثمان بعض السلع والحاجيات وألزم التجار أن يبيعوها بهذا السعر ولا يحق لهم الامتناع [2] .

وفى ذلك صدر قرار التموين رقم 184 لسنة 1975 بشأن حظر حبس السلع عن التداول.

فنص فى المادة الأولى على أن " يحظر على التجار أو الحائزين للسلع الواردة بالجدول المرافق بهذا القرار حبسها عن التداول عن طريق إخفائها أو عدم طرحها فى الأسواق أو الإتفاق على سحبها من المناطق المخصصة لتداولها ، أو تعليق بيعها على شروط مخالفة للعرف التجارى ، أو التلاعب بالتدابير الخاصة بنظام التعامل فى الأسواق " .

---

(1) يراجع : الوجيز فى عقد البيع د / عبد المنعم البدراوى 123، عقد البيع د / سليمان مرقس 172 .

(2) يراجع : الموسوعة الشاملة فى التموين والتسعير الجبرى : معوض عبد التواب 480 ، مجموعة أحكام محكمة النقض طعن 5213 لسنة 54 ق نقض جنائى جلسة 1/1/ 1986م .

والإمتناع عن البيع يعاقب عليه سواء كان الامتناع بسبب طلب سعر يزيد على السعر المحدد أو لم يكن ذلك ، وسواء كانت السلعة موجودة فى حوزة المتهم أو فى مخزنة مادامت معدة للبيع .

ولقد حدد المشرع الوضعى جزاء الامتناع عن البيع فى المادة الثانية من قرار التموين السابق الحبس مدة لا تقل عن ستة أشهر ولا تزيد على سنتين ، وبغرامة لا تقل عن مائة جنيه ولا تجاوز خمسمائة جنيه ، أو إحدى هاتين العقوبتين، ثم عدلت تلك العقوبة فى المادة التاسعة من القانون رقم 108 لسنة 1980 والقانون 128 لسنة 1982 وأصبحت " الحبس مدة لا تقل عن سنة ولا تجاوز خمس سنوات وبغرامة لا تقل عن ثلاثمائة جنيه ولا تزيد على ألف جنيه أو بإحدى هاتين العقوبتين " . وفوق ذلك كله نص المشرع على أن تضبط الأشياء موضوع الجريمة ويحكم بمصادرتها وإغلاق المحل مدة لا تتجاوز ستة أشهر سواء باع بأزيد من السعر المحدد أو امتنع عن البيع [1] .

ولقد جرم المشرع الوضعى الامتناع عن البيع ولو كانت السلعة غير مسعرة أو غير محددة الربح ووضع لها عقابا بنص المادة 3/13 من القانون السابق الإشارة إليه ، وهذه العقوبة هى :

الحبس مدة لا تقل عن ستة أشهر ولا تزيد على سنتين وبغرامة لا تقل عن 50 جنيه ولا تزيد عن مائة جنيه ، أو بإحدى هاتين العقوبتين [2] .

---

(1) يراجع : التشريعات التموينية : م / أنور طلبة 153 ، 492 ، 623 ، تشريعات التموين والتسعير الجبرى : فرج هليل 5 ، 8، 22 ، 23 ، قانون العقوبات الخاص د / حسن صادق المرصفاوى 799 ، مجموعة أحكام محكمة النقض طعن 2048 لسنة 38 ق نقض جنائى جلسة 1969/2/17 نقض مدنى جلسة 2/22/ 1948 طعن 230 س 18 ق جلسة 5/3/ 1970 س 21 ق 151 ، طعن 6992 لسنة 54 نقض جنائى جلسة 1986/1/9م ، طعن 115 لسنة 36 نقض جنائى جلسة 3/21/ 1966م .

(2) يراجع : قانون العقوبات الخاص د / حسن المرصفاوى 799 ، 808 ، التشريعات التموينية م/ أنور طلبة 153 ، 492 ، تشريعات التموين / فرج هليل 22 ، 23 ، الموسوعة الشاملة فى التموين والتسعير الجبرى : معوض عبد التواب 100 ، 101 مجموعة أحكام محكمة النقض ، نقض مدنى –

ورغم تغليظ العقوبة على المرتكبين لجرائم التسعير الجبرى سواء بالبيع بأزيد منه أو الامتناع عن البيع ، لا تجد ردعا وإنما إنديادا للجشع والاستغلال علانية وجهرا فأصبح سمة المجتمع ليس فى المواد التموينية فحسب بل فى كافة الأنشطة، وامتد ذلك إلى غذاء الحيوان ومستلزمات الإنتاج الزراعى وغيره ، وامتد كذلك من التجار إلى الحرفيين والمهنيين ، وتمكن كل من هؤلاء من إلقاء عبء الغلاء على غيره .

فتجد طائفة من المجتمع لم تتأثر بالغلاء وذلك لارتفاع المستوى الاقتصادى والاجتماعى لهم ، وربما تكون هذه الطائفة هى المتحكمة فى ارتفاع الأسعار لسلطتها وقوتها المالية .

وطائفة أخرى من المجتمع تحملت الغلاء كاملا ، فمنهم من تمكن من عبء الغلاء بما يحفظ له مستواه الذى كان عليه ، ومنهم من تحمل عبء الغلاء فى المجتمع المصرى راضيا بذلك ، لأنه لا حول له ولا سبيل لدفع ذلك إلا بتدخل المشرع الوضعى بصورة فعالة ، وعلى نحو يحقق ردعا حقيقيا لمثل هؤلاء المخالفين الذين يمتصون دماء الشعب فى سبيل مصلحتهم فلابد من تغليظ العقوبة بفرض حراسة إدارية على المحل الذى ارتكبت فيه المخالفة فور وقوعها ، وبعد ثبوت الجريمة بحكم نهائى تتحول الحراسة إلى مصادرة ، وتمتد المصادرة إلى كل ما يملك المتهم ، لأن ذلك قد يكون علاجا وردعا حتى ينصلح المجتمع المصرى ويبرأ من كثير من العفن الذى ينخر فى كيانه ويكاد أن يودى به [1] .

-جلسة 30/5/ 1976م س 18 ، ص 727 . نقض مدنى جلسة 17/12/ 1969م س 20 ص 271 نقض مدني جلسة 21/3/ 1966م س 17 ص 236 .

(1) يراجع : التشريعات التموينية : د / أنور طلبه (المقدمة) .

الفرع الثالث

الموازنة بين موقف الفقه الإسلامى والقانون الوضعى

من الإجبار على البيع بالسعر الذى يعينه الحاكم

بعد بيان موقف الفقه الإسلامى والقانون الوضعى فى هذهِ المسألة يتضح مايأتى:

1 – **لقد اتفق القانون الوضعى مع الفقه الإسلامى فى أن الأصل ، أنه للمتعاقدين مطلق الحرية وتحديد مقدار ثمن ما يتبايعونه على وفق إرادتهم ولا يسعر عليهم ما داموا فى ذلك ملتزمين بعدم الإحتكار والاستغلال لحاجة الناس ورفع الأسعار دون مبرر شرعى أو قانونى .**

2 – كذلك اتفق القانون الوضعى مع ما ذهب إليه جمهور الفقهاء من أن لولي الأمر سلطة التدخل لحماية المجتمع من جشع التجار والمستغلين إذا تعدوا واحتكروا السلع التى يحتاج الناس إليها وذلك بالتسعير أى بتحديد ثمن ما يتبايعونه ، على أن يلتزموا بهذا السعر ولا يزيدوا عنه ، ويجبروا على البيع به .

3 – أيضا اتفق القانون الوضعى مع ما ذهب إليه الفقه الإسلامى فى عدم جواز البيع بأزيد من السعر المعين عليهم من قبل الجهات المختصة ، ومن باع بأزيد منه فإنه يعاقب على ذلك ، وإن كان القانون الوضعى جرم الامتناع عن البيع ، أو البيع بأزيد من السعر ونص على عقوبة من يخالف ذلك بالحبس أو الغرامة وقد تصل إلى المصادرة حتى يكون ذلك ردعا له ولغيره ولكل من يستغل حاجة الناس .

فالفقه الإسلامى وإن لم يكن قد نص على عقوبة معينة ، إلا أنه قد ذهب بعض الفقهاء إلى أن مخالفة التسعير أمر محرم ومن المنكرات ، ويعاقب التعزير ، والتعزير بما يراه الإمام فقد يصل إلى الحبس أو الغرامة أيضا ، وقد قالوا أنه يقوم من السوق أى يحكم عليه أيضا بالإغلاق للمحل الذى ارتكبت فيه المخالفة.

4 – أيضا اتفق القانون الوضعى مع الفقه الإسلامى فى مصير العقد الذى تم بأزيد من السعر وذلك على قولين : أحدهما: يبطل العقد كلية ، والثانى: وهو الأصح والراجح عند الشرعيين والقانونين أن البيع صحيح وينعقد ولا يبطل.

وبذلك يكون موقف القانون الوضعى متفقا مع ما ذهب إليه الفقه الإسلامى من محاربة الاحتكار والاستغلال بالتسعير لبعض السلع والحاجات التى يحتاج الناس إليها على أن يلتزموا بذلك السعر ويجبروا على البيع به ، ومن يخالف ذلك يعاقب العقوبة المناسبة حتى ينصلح الوضع الاجتماعى والاقتصادى برفع الظلم والضرر عن المحتاجين والأخذ على أيدى المخالفين المتعدين الذين يريدون أن يأكلوا أموال الناس بالباطل .

المبحث الخامس
بيع الأموال جبراً
على أصحابها للنفقة الواجبة عليهم

وفيه مطلبان :

المطلب الأول : تعريف النفقة وأسبابها .

المطلب الثانى : تملك من تجب له النفقة جبرا عمن تلزمه عند امتناعه .

المطلب الأول
تعريف النفقة وأسبابها

وفيه ثلاثة فروع :

الفرع الأول : تعريف النفقة وأسبابها فى الفقه الإسلامى .

الفرع الثانى : تعريف النفقة وأسبابها فى القانون الوضعى .

الفرع الثالث : الموازنة بين موقف الفقه الإسلامى والقانون الوضعى من تعريف النفقة وأسبابها .

الفرع الأول
تعريف النفقة وأسبابها فى الفقه الإسلامى

أولا : تعريف النفقة :

النفقة فى اللغة :

النفقة لغة مأخوذة من نفق الشيء نفقا : فنى ، وأنفقته : أفنيته ، وأنفق الرجل : فنى زاده ، ونفقت الدابة نفوقا ، ماتت ، ونفقت السلعة والمرأة نفاقا : كثر طلابها وخطابها ونفقت الدراهم نفقا : من باب تعب ، والنفقة اسم منه وجمعها نفاق ، مثل : رقبة ورقاب ونفقات على لفظ الواحدة .

والنفقة : اسم من الإنفاق ، وما ينفق من الدراهم وغيرها ، وما يفرض للزوجة على زوجها من مال للطعام والكساء والسكنى والحضانة ونحوها، جمع : نفقات ، ونفاق : وأنفق : افتقر وذهب ماله ، والتاجر : راحت تجارته [1] .

النفقة شرعا :

لقد اختلفت تعاريف الفقهاء للنفقة ، وذلك نظرا لاختلافهم فى الأحكام المتعلقة بها عندهم .

فعرفها الحنفية بأنها :

الإدرار على الشيء بما به بقاؤه ، وقيل : هى الطعام والكسوة والسكنى [2] .

وعرفها المالكية والإباضية فقالوا :

ما به قوام معتاد حال الآدمى دون سرف ، وهو الشيء الذى يعطى فى الإنفاق[3].

وعرفها الشافعية بأنها :

النفقة من الإنفاق وهو الإخراج ، ولا يستعمل إلا فى الخير ، وصرف الشيء فى غيره [4] .

وعرفها الحنابلة بأنها :

كفاية من يمونه خبزا وإداما وكسوة ومسكنا وتوابعها [5] .

---

(1) يراجع : القاموس المحيط للفيروزآبادى 3/ 296 ، ط : مكتبة مصطفى الحلبى ، الطبعة الثانية المصباح المنير 367 ، مختار الصحاح 304 ، المعجم الوسيط 982 .

(2) يراجع : شرح فتح القدير لابن الهمام وشرح العناية للبابرتى على الهداية 4 / 378 .

(3) يراجع : بلغة السالك لأقرب المسالك للصاوى 1/ 480 ، شرح كتاب النيل 14/ 5 .

(4) يراجع : حاشية قليوبى 4 / 69 ، مغنى المحتاج 3 / 542 .

(5) يراجع : كشاف القناع 5 / 460 ، الروض المربع شرح زاد المستقنع 518 .

وعرفها الإمامية بأنها :

الشيء الذى يبذله الإنسان فيما يحتاجه هو أو غيره من الطعام والشراب وغيرهما [1]. والظاهرية والزيدية لم يتعرضوا لتعريفها ويفهم من كلامهم أنها : كل ما يحتاج إليه من طعام وكسوة ونحوهما [2] .

نظرة فى التعاريف السابقة .

بالنظر فى التعاريف السابقة للنفقة يتبين ما يأتى :

لقد تناول الحنفية تعريف النفقة وخصوها بالطعام فقط حيث قالوا : " تجب للزوجة على زوجها إذا سلمت إليه نفسها فى منزله نفقتها ، وكسوتها وسكناها " وقالوا : لأن السكنى من كفايتها فتجب لها كالنفقة " .

وكذلك الشافعية خصوها بالطعام ، فقالوا : يجب للزوجة الطعام ، والإدام ، والكسوة وآلة التنظيف ، ومتاع البيت ، والسكنى ، والخادم .

والحنابلة وإن أطلقوا لفظ النفقة على الطعام والكسوة والسكنى وزادوا توابعها ، أى توابع الطعام والكسوة والسكنى من إدام وغطاء ، ومرافق السكن من ماء وآلة التنظيف ، إلا أن هذه التعاريف تلحق الضرر بطالب النفقة ، لأن نفقة العلاج والتعليم تعد من الأمور التى لا تقوم الحياة إلا بها عند تعينها ، وكذلك الخادم مع أن الحنفية والحنابلة قالوا بوجوبها إلا أن التعريف لا يشملها [3] .

بينما تعريف المالكية والإباضية يعد أقرب التعاريف الجامعة للنفقة حيث جمع عناصر النفقة ، فالحياة لا تقوم إلا بالطعام والشراب والكسوة والسكنى والعلاج

---

(1) يراجع : سبل السلام للصنعانى 3 / 449 .

(2) يراجع : المحلى 10/ 88 مسألة 1927 ط : دار الفكر ، البحر الزخار 4/ 271 ، السيل الجرار 2 / 446 .

(3) يراجع : الهداية بهامش شرح فتح القدير 4/ 397 ، الاختيار لتعليل المختار 3/ 158 ، ط : الإدارة المركزية للمعاهد الأزهرية 1414هـ ، مغنى المحتاج 3/ 542 ، الوجيز لأحكام الأسرة فى الإسلام د / محمد سلام مدكور 185 وما بعدها ط : دار النهضة العربية – القاهرة .

والتعليم ، وأن يكون ذلك بقدر الحاجة دون إسراف أى تبذير ، والمراد به الزائد على العادة بين الناس .

والتبذير : صرف الشيء فيما لا ينبغى ، فليس ذلك بنفقة شرعا .

إلا أنه يؤخذ عليهم أنهم خصوا النفقة بالآدمى ، مع أن النفقة على غير الآدمى كالبهائم تكون واجبة – كما سيتضح ذلك فى هذا الفرع عند الحديث عن أسباب النفقة – حيث قالوا " ما به قوام معتاد حال الأدمى ، فيخرج بذلك ما به قوام حال غير الآدمى كالتبن للبهائم " [1] .

وبعد هذه الملاحظات على تعاريف الفقهاء للنفقة أرى أن جميع الفقهاء قد قالوا بوجوبها سواء منهم من قال بأنها تطلق على الطعام فقط ، أو تطلق على الطعام والكسوة والسكنى ، فمن خصها بالطعام فقط فقد أوجب الكسوة والسكنى أيضا ، لذا فلا خلاف بينهم .

وأرجح ما قاله بعض الفقهاء بأن النفقة هى : الشيء الذى يبذله الإنسان فيما يحتاجه هو على نفسه ، أو على غيره ممن تلزمه نفقته آدميا أو غيره بأن يوفر له كل ما يحتاج إليه من ضرورات الحياة من مأكل ومسكن وكسوة ودواء وخادم وما يشبه ذلك حسب العرف وفى حدود وسعه وطاقته دون إسراف أو تقتير .

فالطعام يشمل الخبز والأدم والشرب ، والكسوة تشمل: السترة والغطاء ، والسكنى تشمل البيت ومتاعه ومرافقه من ثمن الماء وآلة التنظيف والخدمة ودهن المصباح زتيه أو ما يقاد به ويحل محله من نفط أو كهرباء وغير ذلك [2] .

---

(1) يراجع : بلغة السالك لأقرب المسالك 1 / 480 ، شرح كتاب النيل 14/ 5 .

(2) يراجع : سبل السلام 3 / 449 ، الفقه الإسلامى وأدلته للزحيلى 7 / 765 ، حقوق الزوجة فى الفقه الإسلامى د / محمد حسنى سليم 171 ط : دار الطباعة المحمدية ، الطبعة الأولى 1403 هـ .

ثانيا : أسباب النفقـة :

قبل بيان أسباب النفقة أرى أنه من الواجب أن أبين أن النفقة قسمان : أحدهما : نفقة تجب للإنسان على نفسه ، والثانية : نفقه تجب على الإنسان لغيره .

أ – فنفقة الإنسان الواجبة على نفسه يقدمها على نفقة غيره وذلك لقول الرسول – صلى الله عليه وسلم – فيما رواه أبو هريرة – رضى الله عنه : " خير الصدقة ما كان عن ظهر غنى واليد العليا خير من اليد السفلى وابدأ بنفسك ثم بمن تعول " ، وفى رواية عن جابر – رضى الله عنه – إبدأ بنفسك فتصدق عليها ، فإن فضل شيء فلأهلك .... " [1] .

ب – أما النفقة التى تجب على الإنسان لغيره فأسباب وجوبها ثلاثة :

الزوجية ، القرابة ، الملك ، وأتناول هذه الأسباب بشيء من التفصيل فيما يلى :

أولا : نفقة الزوجة :

إن من أهم الحقوق الواجبة للزوجة على زوجها النفقة بسبب عقد النكاح [2] ، بأن يقدم لها كل ما تحتاج إليه من وسائل معيشتها وحياتها .

وفيما يلى بيان مشروعية نفقة الزوجة، وشروط وجوبها، وما تشمله النفقة ومقدارها .

أ – مشروعية نفقة الزوجة :

---

(1) **الحديث صحيح أخرجه البخارى فى كتاب النفقات 20/ 188** ح : 5355 ط : الكليات الأزهرية ومسلم فى الزكاة 7 / 68 ح / 997 ، أحمد فى مسنده 2 / 278 ، وأبو داود فى الزكاة 2 / 132 ح / 1676 ، والنسائى فى الزكاة 5 / 62 ، وابن حبان 6 / 220 ، ح / 4229 ، والشوكانى فى نيل الأوطار 6 / 380 ح / 2973 ، ح / 383 /6 2977

(2) النكاح لغة : أطلق على عدة معان منها : العقد والوطء والجمع والضم . واصطلاحا : عقد يضمن إباحة وطء بلفظ نكاح أو تزويج فهو ملك انتفاع لا ملك منفعة . يراجع : لسان العرب 6/ 4537، حاشية قليوبى 3 / 206 .

لقد اتفق الفقهاء على أن نفقة الزوجة واجبة على زوجها [1] . وثبتت مشروعيتها بالكتاب ، والسنة، والإجماع ، والمعقول .

من الكتـــــاب :

1- **قول الله تعالى :** ﴿ولهن مثل الذى عليهن بالمعروف وللرجال عليهن درجة﴾[2].

2 – وقول الله تعالى : ﴿ الرجال قوامون على النساء بما فضل الله بعضهم على بعض وبما أنفقوا من أموالهم .... ﴾ [3] .

3 – وقول الله تعالى : ﴿ أسكنوهن من حيث سكنتم من وجدكم ولا تضاروهن لتضيقوا عليهم ، وإن كن أولات حمل فأنفقوا عليهن حتى يضعن حملهن..﴾[4]

4 – وقول تعالى : ﴿ لينفق ذو سعة من سعته ومن قدر عليه رزقه فلينفق مما آتاه الله...... ﴾ [5] .

وجه الدلالة من هذه الآيات الكريمات على وجوب النفقة للزوجة :

تدل الآية الأولى على أنه يجب للزوجة من الحقوق الزوجية كما يجب عليها للرجل من حق الطاعة وغيره ، فلها حق إدرار الإنفاق لأنه من الحقوق الزوجية الواجبة لها [6] .

وتدل الآية الثانية على أن القوامة للرجل بالنفقة على زوجته والدفاع عنها فعليه المهر والإنفاق[7]، وتدل الآية الثالثة على أن إسكان الزوجة المطلقة أمر واجب

---

(1) يراجع : بدائع الصنائع 4 / 22 ، الشرح الصغير بهامش بلغة السالك 1 / 480 ، مسالك الدلالة 214 ط : دار الفكر ، المغنى 11/ 199 ، ط : دار الحديث ، المحلى 9 / 113 ، 249 ، البحر الزخار 4/ 271 ، السيل الجرار 2 / 446، فقه الإمام جعفر 5 / 317 ، الروضة الندية 2 / 74 ، شرائع الإسلام 3 / 349 ، كتاب النيل 14 / 5 .

(2) جزء من الآية رقم 228 من سورة البقرة .

(3) جزء من الآية رقم 34 من سورة النساء .

(4) جزء من الآية رقم 6 من سورة الطلاق .

(5) جزء من الآية رقم 7 من سورة الطلاق .

(6) يراجع : الجامع لأحكام القرآن للقرطبى 3 / 127 ، أحكام القرآن لابن العربى 1 / 257 .

(7) يراجع : الجامع لأحكام القرآن للقرطبى 5/ 174 ، أحكام القرآن لابن العربى 1/ 530 ، 531 .

على حسب قدرتهم وطاقتهم ، والأمر بالإسكان أو بالإنفاق ، لأنها لا تحصل ولا تصل إلى النفقة، إلا بالخروج والإكتساب، ولا تضاروهن فى الإنفاق عليهن، فتضيقوا عليهن النفقة فيخرجن ، وهذا الأمر إن كان واردا فى المطلقة فمن باب أولى يجب ذلك للزوجة حال قيام الزوجية [1] .

وتدل الآية الرابعة : على وجوب الإنفاق عامة، وهذا أمر بالإنفاق يفيد الوجوب، أى لينفق الزوج على زوجته على قدر وسعه ، فهى ليست مقدرة بل بحسب الحال والسعة [2] .

من السنـــة :

1 – **ما روى عن عائشة رضى الله عنها أن هند بنت عتبة** [3] زوج أبى سفيان[4] قالت يا رسول الله : إن أبا سفيان رجل شحيح [5] لا يعطنى من النفقة ما يكفينى ويكفى بنى إلا ما آخذ من ماله بغير علم فقال صلى الله عليه وسلم : خذى من ماله بالمعروف ما يكفيك ويكفى بنيك " [6] .

---

(1) يراجع : الجامع لأحكام القرآن للقرطبى 18 / 161 ، 162 ، أحكام القرآن لابن العربى 4 / 286 ، 287 .

(2) الجامع لأحكام القرآن للقرطبى 18 / 164 ، أحكام القرآن لابن العربى 4 / 289 .

(3) هند بنت عتبة : هى هند بنت عتبة بن رب.

(4) أبو سفيان هو : صخر بن حرب بن أمية بن عبد شمس القرشى المكى صحابى من سادات قريش أسلم يوم فتح مكة شهد حنينا والطائف ، وفقئت عينه يومئذ ، وشهد اليرموك ، وروى له البخارى ومسلم . كان من أشراف قريش وتجارهم ، كان من المؤلفة ثم حسن إسلامه ، ونزل بالمدينة ، وهو والد يزيد ، ومعاوية، وأم حبيبة أم المؤمنين ، توفى سنة 31 هـ وقيل 34 هـ -"رحمه الله تعالى" وهو ابن 88 سنة يراجع : الأعلام 3 / 288 ، شذرات الذهب 1 / 37 ، تهذيب الأسماء واللغات 2 / 521 .

(5) الشح : البخل ، والبخل : منع الواجب ، ويقال بخل : ضن بما عنده ولم يجد ، والشح أعم من البخل لأن البخل ، يختص بمنع المال ، والشح يعم منع كل شيء فى جميع الأموال ..... يراجع : المصباح المنير 28 / 184 ، المعجم الوسيط 62 ، 499 ، نيل الأوطار 6 / 383 .

(6) الحديث صحيح أخرجه البخارى ومسلم وغيرهما : يراجع : صحيح البخارى 20 / 197 . ح / 5364 ، ط : الكليات الأزهرية ، وصحيح مسلم 12 / 368 ح / 1714 ، سنن أبو داود 3 / 288

2 – **ما روى عن معاوية القشيرى** [1] أن رجلا جاء إلى النبى – صلى الله عليه وسلم – فقال : " ما حق المرأة على زوجها ، فقال : صلى الله عليه وسلم – أن يطعمها إذا طعم ،

ويكسوها إذا كسى ولا يضرب الوجه ولا يقبح ولا يهجر إلا فى البيت " [2] .

3 – ما روى أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال فى خطبته فى حجة الوداع :

" اتقوا الله فى النساء فإنهن عوان [3] عندكم ، أخذ تموهن بأمانة الله ، واستحللتم فروجهن بكلمة الله ، ولهن عليكم رزقهن وكسوتهن بالمعروف........................" [4].

ح /3532 ، سنن النسائى 8 / 246 ، مسند الإمام أحمد 6 / 206 ، سنن ابن ماجه 2 / 769 ح / 2293 صحيح ابن حبان 6 / 225 ، ح / 4241 .

(1) معاوية القشيرى هو معاوية بن حيدة بن معاوية بن قيس بن قشر بن ربيعة بن عامر القشيرى البصرى الصحابى ، وهو جد بهز بن حكيم بن معاوية ، غزا خراسان ومات بها روي عن النبى – صلى الله عليه وسلم – وري عنه : ابنه حكيم وعروة ، وله ثلاثة عشر حديثا ، يراجع : تهذيب الأسماء واللغات 2 / 406 ، تهذيب التهذيب 205/10، 206 رقم 382 .

(2) الحديث أخرجه أبو داود فى سننه 2 / 251 ح / 2142 ، وابن ماجه 1 / 593 ح / 1850 ، وأحمد فى مسنده 5 / 3 ، والصنعانى فى سبل السلام 3 / 454 ح / 1070 ، وابن حبان فى صحيحه وصححه 6/ 226 ح / 4246 .

(3) عوان : أى أسيرات ، فعوان جمع ، ومفرده للمذكر : عانى ، وللمؤنث عانية ، والعانى : الذليل ، والأسير ، مأخوذ من عنا عنوا : خضع وذل ، والأسم : العناء ، فهو عان ، وقيل للمرأة عانية ، لأنها محبوسة عند الزوج ، فهى كالأسرى . يراجع : المصباح المنير 258 ، المعجم الوسيط 664 نيل الأوطار 6 / 250 .

(4) الحديث صحيح رواه عمرو بن الأحوص أنه شهد حجة الوداع مع النبى صلى الله عليه وسلم وأخرجه مسلم فى صحيحه 8 / 317 ، وما بعدها ح / 1218 ، وأبو داود 2 / 189 – 193 ح / 1905 وابن ماجه فى كتاب النكاح 1 / 594 ح / 1851 ، وفى كتاب المناسك 2 / 1022 – 1027 ح / 3074 ، أحمد فى المسند 5 / 73 والترمذى 3 / 467 ح / 1163 .

وجه الدلالة من هذه الأحاديث :

تدل هذه الأحاديث على وجوب النفقة للزوجة وأنها مقدرة بكفايتها ، ولو لم تكن واجبة لما أذن النبى " صلى الله عليه وسلم " لهند أن تأخذ من مال زوجها بغير إذنه، فهذا يوجب لهن النفقة [1] .

من الإجمـــاع :

أجمعت الأمة فى كل العصور من الصحابة والتابعين والفقهاء على وجوب النفقة للزوجة على زوجها ، مادامت الزوجة فى طاعته ، ولم تكن ناشزا بخروجها عن الطاعة ، وأوجبها الظاهرية ولو نشزت الزوجة [2] .

من المعقول :

المرأة محبوسة لحق زوجها فالنفقة فى مقابل الاحتباس ، لأن الزوجة قد قصرت نفسها على زوجها بمقتضى عقد الزواج ، وتفرغت لواجبات الحياة الزوجية ، ورعاية شئون البيت ، فالواجب على زوجها أن يقوم بنفقتها ، لأن كل من خصص نفسه لمنفعة غيره كانت نفقته واجبة على هذا الغير كالقاضى، والوالى، والمفتى، وغيرهم كالجندى والموظف ، فإن نفقتهم واجبة فى بيت مال المسلمين – أى فى مال الشعب – لأنهم خصصوا أنفسهم للقيام بأعمال تعود بالنفع على المسلمين ، وحبسوا أنفسهم عن طلب الرزق لمنفعة الدولة فحق عليها أن تقدم لهم ما يكفيهم وأهليهم بالمعروف ، ولقد حبست الزوجة نفسها لرعاية شئون البيت فحقت لها النفقة وتشمل هذه النفقة حال قيام الزوجة وفى حالة العدة من طلاق أو تفريق ، لأن العدة

---

(1) يراجع : شرح النووى لصحيح مسلم 8/ 328 ، 329 ، 12/ 368 ، سبل السلام 3/ 451 ، نيل الأوطار 6 / 381 – 383.

(2) يراجع : بدائع الصنائع 4 / 22 ، بداية المجتهد 2 / 106 ، بلغة السالك 1 / 481 ، الميزان الكبرى الشعرانية 2 / 193 ، المغنى والشرح الكبير 11 / 200 / 201 ، كشاف القناع 5 / 460 المحلى 9/ 249 ، البحر الزخار 4/ 271 ، فقة الإمام جعفر الصادق 5/ 317 ، النيل 14/ 5 .

ثابتة لحق الزوج فيجب فيها النفقة عليه كما تجب حال قيام الزوجية ، وأيضا النفقة كالمعاوضة فى مقابل المنفعة [1] .

ب – شروط وجوب نفقة الزوجة :

الشرط الأول : أن يكون الزواج صحيحا :

اتفق الفقهاء على أنه لكى تستحق الزوجة النفقة وتكون واجبة لها أن يكون عقد الزواج صحيحا ، سواء كانت الزوجة مسلمة أو غير مسلمة ، أما إذا كان الزواج فاسدا [2] فلا نفقة واجبة لها على الزوج ، لأن النفقة جزاء الاحتباس ، والزوجة فى العقد الفاسد لا يمكن احتباسها لحق الزوج بل يجب التفريق بينهما .

ولو انفق عليها فليس له الرجوع بما أنفق ، لأنه إن كان عالما بفساد عقد النكاح فهو متطوع بالإنفاق ، وإن كان غير عالم فهو مفرط ولم يرجع بشيء [3] .

الشرط الثانى : أن تسلم المرأة نفسها إلى الزوج تسليما تاما :

ذهب جمهور الفقهاء على أنه يشترط لوجوب نفقة الزوجة على زوجها أن تسلم نفسها إليه أو تظهر استعدادها لتسليم نفسها بحيث لا تمنع عند الطلب نفسها ، فتخلى بينها وبين زوجها برفع المانع من وطئها أو الاستمتاع بها دخل بها أم لم يدخل بها، دعته الزوجة أو وليها إلى الدخول أم لم تدعه ، فلو نقلها إلى بيته فهذا تسليم

---

(1) يراجع : بدائع الصنائع 4/ 23 ، الاختيار 3 / 157 ، شرح فتح القدير 4/ 379 ، المعونة 1/ 522 حاشية عميرة 4/ 70، المغنى والشرح الكبير 11/ 200 ، 201 ، كشاف القناع 5/ 460 ، الأحوال الشخصية للإمام محمد أبو زهرة 231 .

(2) مثال : الزواج الفاسد كالعقد على امرأة وهى ما زالت فى عدة رجل آخر، أو يعقد على أخت زوجته والأخت الأولى ما زالت فى عصمته . يراجع : حقوق الزوجة فى الفقه الإسلامى د / محمد حسنى سليم 176 .

(3) يراجع : بدائع الصنائع 4 / 23 . شرح فتح القدير 4 / 379 . شرح الزرقانى على مختصر خليل 4 / 244 ط : دار الفكر – بيروت ، حاشية قليوبى 4 / 77 ؛ المغنى 11 / 278 ، كشاف القناع 5 / 465 – 467 ، البحر الزخار 4 / 271 ، شرائع الإسلام 2 / 347 ، شرح كتاب النيل 14/ 5 وما بعدها. الفقه الإسلامى وأدلته للزحيلى 7 / 789 ، الأحوال الشخصية لأبى زهرة 231

حقيقى، وأما إذا ظلت فى بيت أبيها برضاه واختياره وكانت على استعداد للانتقال متى طلب منها ، فهذا تسليم حكمى ويجب لها النفقة .

إلاّ المالكية قالوا : لكى تجب النفقة على الزوج قبل الدخول أن تدعو المرأة أو وليها الزوج إلى الدخول . فإذا منعت نفسها من الإنتقال إلى بيته بحق كان لها النفقة كالإمتناع لعدم تسليم المهر أو لعدم تهيئة المسكن ، أما إذا منعت نفسها بغير حق كمنعه من الدخول عليها بغير أن تطلب تحويلها إلى داره فلا نفقة لها [1].

الشرط الثالث : أن تكون الزوجة كبيرة مطيقة للوطء :

تحرير محل النزاع :

اتفق الفقهاء على أنه يشترط لوجوب النفقة للزوجة على زوجها أن تكون الزوجة كبيرة مطيقة للوطء سواء كان الزوج كبيرا بالغا أو صغير غير بالغ إلا المالكية ووجه عند الشافعية قالوا إن كان الزوج صغيرا غير بالغ ودخل بها فلها النفقة ، وإن لم يدخل بها فلا نفقة لها لعدم تمكنه من الإستمتاع ولكنهم اختلفوا فيما إذا كانت الزوجة صغيرة لا تحتمل الوطء أو لا يجامع مثلها فى وجوب النفقة لها وذلك على قولين :

القول الأول : ذهب إليه جمهور الفقهاء (الحنفية ، والمالكية فى قول ، ووجه عند الشافعية، والحنابلة والزيدية ، والإمامية ، والإباضية) إلى أن الصغيرة التى

(1) يراجع : بدائع الصنائع 4 / 27 ، الهداية شرح العناية بهامش شرح فتح القدير 4/ 382 ، الاختيار 3 / 159 ، المعونة 1 / 522 ، بداية المجتهد 2 / 106 ، الشرح الكبير وحاشية الدسوقى 2 / 508 . الجلال المحلى وحاشية قليوبى 2 / 78 . مغنى المحتاج 3 / 554 ، المغنى 11 / 201 263 ، 269 . الروض المربع 520 ، المحلى 9 / 113 ، 249 ، البحر الزخار 4 / 271 شرائع الإسلام 2 / 347 . فقه الإمام جعفر 5 / 317 ، شرح كتاب النيل 14/ 5 وما بعدها الوجيز لأحكام الأسرة فى الإسلام د / محمد مدكور 188 ، الفقه الإسلامى وأدلته للزحيلى 7 / 789 ، الأحوال الشخصية للإمام محمد أبو زهرة 232 .

لاتحتمل الوطء لا نفقة لها ، لأن النفقة تجب بالتمكين من الاستمتاع ، ولا يتصور الوجوب مع تعذر الاستمتاع فلم تجب النفقة [1] .

القول الثانى : ذهب إليه مالك فى قول والشافعية فى وجه والظاهرية ، والثورى: إلى أن الزوجة تجب لها النفقة مطلقا كبيرة كانت أو صغيرة حتى ولو كانت فى المهد ، إلا أن المالكية قالوا إذا دخل بها فلها النفقة وإلا فلا [2].

فإذا كان الزوج صغيرا وكانت زوجته كبيرة فلها النفقة عند الجمهور لأنها سلمته نفسها كما لو كان الزوج كبيرا ، والعجز من جهته فكان كالمجبوب والعنين .

والسن الذى تصل إليه الصغيرة حتى تستحق النفقة عند الجمهور قيل : سبع سنوات ، وقيل: تسع ، وقيل : أن عدم التقدير أولى لأن ذلك يختلف باختلاف البنية[3].

الشرط الرابع : ألا تفوت الزوجة على زوجها حق الاحتباس بدون سبب شرعى:

فلقد اتفق الفقهاء على وجوب النفقة للزوجة مادامت لم تفوت على زوجها حقه فى احتباسها وكذلك اتفقوا على وجوب النفقة ولو فات حق الزوج بسبب شرعى من جهته كالمجبوب، والعنين، والمريض، والمحبوس، والمسافر للحج أو لغيره ، فلها النفقة .

---

(1) يراجع: الهداية وشرح العناية وشرح فتح القدير 4 / 383 ، الاختيار 3 / 160 ، بدائع الصنائع 4 / 28 ، بداية المجتهد 2 / 106 . المعونة 1 / 522 ، حاشية الدسوقى 2 / 508 ، بلغة السالك 1 / 481 ، الجلال المحلى وقليوبى 4 / 78 ، 79 ، مغنى المحتاج 3 / 558 ، الميزان الكبرى الشعرانية 2 / 193 ، المغنى 11 / 266 ، كشاف القناع 5 / 470 – 471 ، البحر الزخار 4 / 271 ، شرائع الإسلام 2 / 347 ، شرح كتاب النيل 14/ 5 وما بعدها

(2) يراجع : حاشية الدسوقى 2 / 508 . بلغة السالك 1 / 481 ، المعونة 1 / 522 . الجلال المحلى وحاشية قليوبى 4 / 78 . 79 . الميزان الكبرى الشعرانية 2 / 193 ، المحلى 9 / 250 ، الفقه الإسلامى وأدلته للزحيلى 7 / 789 .

(3) يراجع : بدائع الصنائع 4 / 28 . بداية المجتهد 2 / 106 . مغنى المحتاج 3 / 558 . المغنى 11 / 266 . البحر الزخار 4 / 271 . شرائع الإسلام 2 / 347 . النيل 14/ 5 . الأحوال الشخصية للإمام محمد أبو زهرة 233 .

أما إذا فات حق الزوج بمسوغ شرعى أو بسبب شرعى كالنشور [1] فلا نفقة لها أيضا عند الجمهور ولم يخالف سوى الظاهرية فقالوا تجب للناشز النفقة ، لأن الحديث الذى يدل على النفقة وهو قوله صلى الله عليه وسلم - " ولهن عليكم رزقهن وكسوتهن .... الحديث [2] يقتضى أن الناشز وغير الناشز سواء ، فلم يخص، ولو أراد استثناء الصغيرة مثلا أو الناشز لما أغفل ذلك ولبينه .

لكن ما عليه الجمهور هو الراجح وهو أن الناشز التى تخرج عن طاعة زوجها لا نفقة لها، لأن المفهوم أن النفقة فى مقابلة الاحتباس والاستمتاع ، والناشز غير متوافر فيها هذا فلا نفقة لها ، ومن النشوز عدم الانتقال إلى بيت الزوجية ، والسفر بغير إذنه [3] .

---

(1) النشوز لغة : مأخوذ من نشز ، نشوزا ، ارتفع ، ونشزت المرأة ، استعصت المرأة على زوجها وامتنعت عليه وأساءت العشرة ، فهو مأخوذ من الارتفاع ، وهو المكان المرتفع ، كأن المرأة ارتفعت عن طاعة زوجها فسميت ناشزا.

واصطلاحا : أن تمنع الزوجة نفسها من الزوج بغير حق ، وقيل : معصية الزوج فيما هو له عليها مما أوجبه له النكاح . يراجع : المصباح المنير 359 ، المعجم الوسيط 961 ، بدائع الصنائع 4 / 32 ، المغنى 11 / 281 ، كشاف القناع 5 / 467 .

(2) الحديث سبق تخريجه ص 244 .

(3) يراجع : الهداية شرح فتح القدير 4/ 383 ، الاختيار 3/ 159 ، بدائع الصنائع 4/ 27 ، 32 المعونة 1 / 522 ، بداية المجتهد 2 / 107 ، بلغة السالك 1 / 481 ، مغنى المحتاج 3/ 556 الجلال المحلى وحاشيتى قليوبى وعميرة 4 / 78 ، المغنى 11/ 281 ، كشاف القناع 5/ 467 473 ، المحلى 9 / 114 / 250 ، البحر الزخار 4/ 271 ، شرائع الإسلام 2 / 347 فقه الإمام جعفر الصادق 5 / 317 ، 318 ، شرح كتاب النيل 14/ 5 ، الأحوال الشخصية للإمام محمد أبو زهرة 236.

ج – ما تشمله نفقة الزوجة ومقدارها :

1- الطعام والشراب وتوابعهما :

تحرير محل النزاع :

لقد اتفق الفقهاء على أنه يجب للزوجة على زوجها نفقة الطعام والشراب وما يتبعهما من ماء وخل ودهن وزيت للأكل وحطب ووقود ونحو ذلك ، ولقد أوكل الشرع الحكيم تحديد ذلك إلى العرف ، فكل ما يعده لازما للنفقة فهو منها [1] .

ولكنهم اختلفوا فى تقديرها بمقدار معين وذلك على قولين :

القول الأول : ذهب إليه (الحنفية والمالكية ، والحنابلة ، والزيدية ، والإمامية ، والإباضية) إلى أنها غير مقدرة بمقدار معين وإنما لها قدر كفايتها من غير تقدير كما صرحت بذلك الأدلة من قوله تعالى : ﴿ لينفق ذو سعة من سعته .... ﴾ [2] ، وقوله صلى الله عليه وسلم (لهند زوجة أبى سفيان خذى ما يكفيك وولدك بالمعروف) [3] ، فدل ذلك على أن لها قدر كفايتها من غير تقدير [4] ، وقال الحنفية وقول عند المالكية تقدر على حسب حال الزوج يسارا وإعسارا ويغتر

(1) يراجع : بدائع الصنائع 4/ 33 – 35 ، الاختيار 3/ 158 ، الهداية وشرح العناية مع شرح فتح القدير 4 / 381 – 387 ، بداية المجتهد 2 / 107 ، حاشية الدسوقى 2 / 509 – 513 ، المعونة 1 / 523 ، مغنى المحتاج 3 / 543 – 546 ، الجلال المحلى وحاشتي قليوبى وعميرة 4/ 70– 72، المغنى 11 / 201 – 202 ، كشاف القناع 5 / 460 ، المحلى 9 / 227 ، 251، البحر الزخار 4 / 272 الروضة الندية 2 / 75 ، شرائع الإسلام 2 / 349 ، وما بعدها ، فقه الإمام جعفر الصادق 5 / 323 ، شرح كتاب النيل 14/ 5 . الفقه الإسلامى وأدلته للزحيلى 7 / 798 وما بعدها ، أعلام الموقعين 4 / 341 .

(2) جزء من الآية رقم 7 من سورة الطلاق .

(3) الحديث سبق تخريجه ص 243 .

(4) يراجع : بدائع الصنائع 4/ 33 ، 34 ، المعونة 1/ 523 ، المغنى 201/11 ، 202 ، البحر الزخار 4 / 272 ، شرائع الإسلام 2 / 349 ، النيل 5/14 .

الأسعار [1] ، وقول عند المالكية والحنابلة تقدر على حسب حال الزوجين يسارا وإعسارا [2] .

والراجح الأول : أنها على حسب حال الزوج .

القول الثانى : ذهب إليه الشافعية والظاهرية أن نفقة الزوجة مقدرة بالشرع بمقادير معينه بحسب حال الزوج ، إن كان موسرا فمدان ، وإن كان معسرا فمد والمتوسط مد ونصف ولأدم واللحم بحسب حالة الزوج وعادة أهل البلد وتقدير القاضى [3] .

2 – الكسوة وتوابعها :

أجمع الفقهاء على أن الكسوة واجبة للزوجة على زوجها ، لأنه لابد منها على الدوام لقوله – صلى الله عليه وسلم – (ولهن عليكم رزقهن وكسوتهن بالمعروف...)[4] .

والكسوة بالمعروف هى التى جرت عادة أمثالها بلبسه .

ولأن الزوج له التمتع بجميع بدنها فوجب عليه كفايته .

وتقديرها : يكون بكفاية الزوجة ، وليست مقدرة بالشرع وإنما تقدر باجتهاد الحاكم على قدر يسرهما وعسرهما ، فللموسرة ثياب من حرير ، وللمعسرة ثياب غليظة من قطن أو كتان. وللمتوسطة ما بينهما ، وأقلها ثوب مخيط يستر جميع البدن ، وسراويل وهو ثوب يستر أسفل البدن ويصون العورة ، وخمار ، وهو ما

---

(1) يراجع : بدائع الصنائع 4 / 34 / 35 ، شرح فتح القدير 4 / 385 ، بداية المجتهد 2 / 107 المعونة 1 / 523 .

(2) يراجع : بداية المجتهد 2/ 107 ، المعونة 1 / 523 ، حاشية الدسوقى 2 / 509 وما بعدها .

(3) مغنى المحتاج 3 / 543 – 546 ، الجلال المحلى وحاشيتى قليوبى وعميرة 4 / 70 . 72 المحلى 9 / 227 ، 251 .

(4) الحديث سبق تخريجه ص 244 .

يغطى به الرأس ، ومكعب أى نعل وغيره وتجب لها الكسوة فى كل سنة مرتين إحداهما صيفا والأخرى شتاءا [1].

3 – المسكن وتوابعه :

يجب للزوجة على زوجا باتفاق الفقهاء مسكن يليق بها سواء كان بملك أو كراء أو غير ذلك ... لقولـــه تعالى : ﴿ أسكنوهن .... ﴾ وهذا للمطلقة فمن باب أولى الزوجة ولأن المسكن من الحوائج الأصلية التى لا غنى عنها ، وليس لها أن يشرك معها غيرها إلا برضاها لأنها لا تأمن على متاعها واستمتاعها ، وأن يكون مستقلا ، له قفل خاص ومرافق خاصة .

وأن يكون المسكن صالحا بأن يؤمن لها راحتها فيه ، وتتوافر فيه المرافق الشرعية الضرورية من دورة مياه ومطبخ ومنشر ، وما يتبع المسكن من فرش وغطاء وغير ذلك.

وتقديره يراعى فيه يسار الزوجين وإعسارهما لقوله تعالى : ﴿ أسكنوهن من حيث سكنتم من وجدكم .... ﴾[2] ....بأن يكون مما يسكن فيه أمثاله .

وقال جمهور الفقهاء يشترط فيه أن يكون مؤسسا مفروشا .

وقال المالكية .: يجب على الزوجه الجهاز المتعارف عليه فى حدود المهر المقبوض قبل الدخول [3].

---

(1) يراجع : بدائع الصنائع 4 / 32 – 35 ، حاشية الدسوقى 2 / 509 ، حاشية البيجيرمى 4/ 469 ، الجلال المحلى 72/4 ، الشرح الكبير والمغنى 207/11 – 208 ، المحلى 250/9 – 252 ، البحر الزخار 4/ 273 ، شرائع الإسلام 2 / 349 ، شرح كتاب النيل 5/14 ، الوجيز لأحكام الأسرة د / محمد سلام مدكور 194 .

(2) جزء من الآية رقم 6 من سورة الطلاق .

(3) يراجع : شرح فتح القدير وشرح العناية على الهداية 4/ 397 ، الاختيار 3/ 163 ، الشرح الكبير بهامش حاشية الدسوقى 2/ 509 – 513 ، مغنى المحتاج 3 / 550 ، حاشية البيجيرمى 4 / 478 ، كشاف القناع 5 / 460 . المحلى 9 / 252 – 253 ، البحر الزخار 4/ 273 ، الروضة الندية 2 / 84 ، فقه الإمام جعفر الصادق 5 / 323 . شرح كتاب النيل 14/ 5 ، الفقه الإسلامى وأدلته للزحيلى 7 / 805

4 – نفقة الخادم وأجرة القابلة ومستلزمات البيت :

لقد اتفق الفقهاء على أنه يجب للزوجة على زوجها أن يوفر لها من يخدمها إن كانت الزوجة يخدم مثلها كأهلها وأقاربها ، والزوج قادر على أجرة الخادم فإن كانت من فئة تخدم نفسها بنفسها فلا يجب على الزوج إخدام زوجته ، وإن كان الأفضل أن يوفر لها ما يساعدها على الخدمة تخفيفا عن الزوجة من أعباء البيت ورعاية شئونه ، لأن ذلك من المعاشرة بالمعروف المأمور بها ، وهذه النفقة تعتبر بحال الزوجة وغير مقدرة ، وإنما بحسب حال الزوج .

وكذلك اتفق الفقهاء على وجوب أجرة القابلة .... " المولدة " ، وآلات التنظيف ، لأنها من متعلقات الولد ، وكذا الغطاء فى الشتاء والصيف بما يناسبهما حسب العرف والعادة [1]، أما أدوات التجميل ومتاع البيت من حصر ، وبساط ، وصابون ، ومشط ، وغير ذلك . اختلف فيه فقال الحنفية يجب على الزوج .

وقال الجمهور غير الحنفية : لا يجب على الزوج إلا متاع البيت ، أما أدوات التجميل من طيب ، وكحل ، وحلى وكل ما تتزين به فلا يلزم الزوج إحضاره ، وقال المالكية لها ذلك على حسب العرف فى البلاد [2].

5 – نفقة التداوى والعلاج :

لقد اتفق جمهور الفقهاء على أنه لا يجب للزوجة على زوجها إذا مرضت واحتاجت إلى طبيب ودواء أجرة الطبيب ولا ثمن الدواء ، وإنما ذلك فى مالها إن كان لها مال ، وإلا كانت على من تلزمه نفقتها غير زوجها ، لأن التداوى لحفظ

---

(1) العرف : ما استقرت النفوس عليه بشهادة العقول وتلقته الطبائع بالقبول ، ويقال : ما تعارف عليه الناس فى عاداتهم ومعاملاتهم فهو عرف . والعادة : ما استمر الناس عليه على حكم المعقول وعادوا إليه مرة بعد أخرى . يراجع : المعجم الوسيط 625 ، التعريفات للجرجانى 193 .

(2) يراجع : بدائع الصنائع 4 / 34 ، 35 ، شرح فتح القدير وشرح العناية 4/ 387 ، حاشية الدسوقى والشرح الكبير 2 / 510 ، 511 ، مسالك الدلالة 215 ، المعونة 1 / 523 ، بداية المجتهد 2 / 107 ، حاشية البيجيرمى 4 / 479 ، مغنى المحتاج 3 / 548 – 511 ، الجلال المحلى 4/ 73 74 ، المغنى 11/ 207 ، 209 ، كشاف القناع 5 / 263 ، المحلى 9 / 253 ، البحر الزخار 4 / 272 ، 273 .

أصل الجسم ، والزوج مستحق منفعة هذا الجسم فلا يجب عليه إصلاحه ، كما لا يجب على مستحق المنفعة فى الإجارة إصلاح أو عمارة الدار المستأجرة [1].

ولكن الحقيقة ما ذهب إليه بعض الفقهاء – المحدثين – أن المداوة فى الماضى لم تكن حاجة أساسية لأن الإنسان كان يلتزم بقواعد الصحة والوقاية فلا يحتاج غالبا إلى علاج .

وكان اجتهاد الفقهاء القدامى – مبنى على عرف قائم فى عصرهم ، أما الآن وقد أصبحت الحاجة إلى الدواء أكثر من الحاجة إلى الطعام بل أهم ، لأن المريض يفضل الدواء على كل شيء ، وهل يمكن تناول طعام وهو يشكو مرضا ويتوجع من ألم يهدده بالموت[2] ، لذا أرى وجوب نفقة الدواء على الزوج كغيرها من النفقات ، ولأن الدواء أشد من الطعام فإذا وجب الطعام وجب الدواء ، وهل من حسن العشرة التى أمر بها الزوج أن يستمتع بزوجته حال الصحة ثم يردها إلى أهلها لمعالجتها حال المرض؟ وذلك ما لم يكن الزوج معسرا وهى موسرة فلا تجب عليه .

ثانيا : السبب الثانى من أسباب وجوب النفقة القرابة :

النفقات على الأقرباء حين يكونون عاجزين عن الإنفاق على أنفسهم لصغر أو مرض أو كبر أو ما أشبه ذلك ، من الأمور التى اتفق الفقهاء على وجوبها على الموسرين القادرين من أقاربهم ، وإن كانوا قد اختلفوا فى شمول النفقة لدرجات القرابة المختلفة ، وهذا أصل وارد فى القرآن الكريم ، والسنة النبوية ، وعمل به المجتمع الإسلامى منذ عصر الرسول صلى الله عليه وسلم وما بعده ، وعنى به أئمة المذاهب والمجتهدين .

---

(1) يراجع : حاشية الدسوقى والشرح الكبير 2 / 510 ، 511 . والجلال المحلى وحاشيتى قليوبى وعميرة 4 / 73 . 74 . مغنى المحتاج 3 / 549 ، المغنى 11 / 207 . كشاف القناع 5 / 463 فقه الإمام جعفر الصادق 5 / 234 .

(2) يراجع : الفقه الإسلامى وأدلته للزحيلى 7 / 794 .

وهذا المبدأ يعد جزءا أساسيا من تنظيم المجتمع ، ولو طبق تطبيقا دقيقا مع مراعاة تطور الحياة بالنسبة للعصور الماضية لكان ذا أثر كبير في محو كثير من مظاهر البؤس والتفكك[1].

وأرى أن هذا النظام لم يؤت أكله أو ثماره المرجوة ، لأنه أهمل تطبيقه إلا نادرا فنرى ونسمع كم من ولد عق والديه ومنع عنهم وهو فى سعة من العيش ورغد ، وكم من أب يتنعم وابنه يسأل الناس أعطوه أو منعوه ، فهذا النظام يحقق التكافل الاجتماعى الذى تسعى الإنسانية إلى تحقيقه إذا طبق وفق شرع الله الحكيم .

والأقرباء الذين يستحقون النفقة ثلاثة :

1 – **الفروع** [2]: وهم الأبناء وأبناء الأبناء وإن نزلوا .

2 – **الأصول** [3] : وهم الآباء والأمهات والأجداد والجدات وإن علوا .

3 – **الأقرباء من غير الأصول والفروع : وهم الحواشى** [4] .

---

(1) يراجع : شرح قانون الأحوال الشخصية د / مصطفى السباعى 1 / 284 ط : المكتب الإسلامى – بيروت .

(2) الفروع لغة : جمع فرع ، والفرع ما تفرع عن غيره ، ومن كل شيء أعلاه ، وما بنى على غيره. واصطلاحا : من بنى على غيره ، أو من ولدوا من الشخص كالأبناء والبنات وأبنائهم وبناتهم مهما نزلوا يراجع : لسان العرب 5/ 3393 ، باب العين فصل الفاء ، المعجم الوسيط 717 ، حاشية قليوبى 1/ 16 الوسيط فى شرح قانون الأحوال الشخصية د / إبراهيم عبد الرحمن ص 357 ط : دار الثقافة للنشر والتوزيع – الأردن الطبعة الأولى.

(3) الأصول لغة : جمع أصل ، وأصل الشيء : أساسه الذى يقوم عليه ، وما يتفرع عنه غيره ، لأن الولد لا يقال يبنى على الوالد، ويقال إنه فرعه .

واصطلاحا: من ولد الشخص منهم كالآباء والأمهات والأجداد والجدات .

يراجع: لسان العرب 1/ 89 باب اللام فصل الألف ، المعجم الوسيط 4 ، الوسيط فى شرح قانون الأحوال الشخصية د / إبراهيم عبد الرحمن ص 357 ، الإبهاج شرح المنهاج للسبكى 1 / 20 الإحكام للآمدى 1 / 6.

(4) يراجع : بدائع الصنائع 4 / 44 ، 45 ، الهداية وشرح العناية بهامش شرح فتح القدير 4/ 410 الميزان الكبرى الشعرانية 2 / 194 ، مغنى المحتاج 3 / 569 ، المغنى 11/ 232 ، 233 المحلى 9 / 266 ، البحر الزخار 4/ 277 ، شرائع الإسلام 2 / 352 ، كتاب النيل 12/14 38 .

1 – النفقة على الفروع :

أتناول النفقة على الفروع ببيان مشروعيتها وشروطها وما تشمله النفقة ومقدارها فيما يلى :

أ – مشروعية النفقة على الفروع :

تحرير محل النزاع :

لقد اتفق الفقهاء على أن نفقة الأولاد المباشرين واجبة على الآباء بالإجماع ولم يخالف أحد ولكنهم اختلفوا فى وجوب نفقة الأولاد غير المباشرين كأولاد الأولاد وأولادهم وإن نزلوا هل تلزم الأب وتكون واجبة عليه أم لا ؟ وذلك على قولين :

القول الأول : ذهب إليه " جمهور الفقهاء : الحنفية ، والشافعية ، والحنابلة ، والظاهرية ، والزيدية ، والإمامية ، والإباضية " أن نفقة أولاد الأولاد وأولادهم وإن نزلوا واجبة كنفقة الأولاد [1].

القول الثانى : ذهب إليه الإمام مالك ، أن النفقة لا تجب على الأب إلا للأبناء المباشرين فقط دون أولاد الأولاد [2].

الأدلـــة

أدلة أصحاب القول الأول :

استدل أصحاب القول الأول على ما ذهبوا إليه بالكتاب ، والسنة ، والمعقول :

من الكتاب :

قول الله تعالى : ﴿ وعلى المولود له رزقهن وكسوتهم بالمعروف ﴾ [3].

وقوله تعالى : ﴿ فإن أرضعن لكم فآتوهن أجورهن .... ﴾ [1] .

---

(1) الحواشى: من الحشا : أى المغي ، جمع أحشاء ، وحاشية النسب كأنه مأخوذ منه ، وهو الذى يكون على جانبه كالعم وابنه ، جمع : حواش ، فالحاشية من كل شيء : جانبه وطرفه ، والأهل ، والخاصة ، يقال: هؤلاء حاشيته . يراجع : المصباح المنير 86 ، المعجم الوسيط 199 .

(2) يراجع : بلغة السالك 1/ 488 ، 489 ، مسالك الدلالة 214 ، المعونة 1 / 639 – 640 . الشرح الكبير للدردير بهامش حاشية الدسوقى 2 / 524 .

(3) جزء من الآية رقم 233 من سورة البقرة .

وجه الدلالة من الآيتين :

تدل الآية الأولى على أن الله تعالى لوجب رزق النساء لأجل الأولاد فلأن تجب لنفس الأولاد يكون أولى ، وتدل الآية الثانية على أن الله أوجب أجر رضاع أولادهم ، فلو لم تكن النفقة واجبة على الآباء لما أوجب عليهم أجرة الرضاع ، فدل ذلك على أن نفقة الأولاد واجبة على الأباء [2] .

من السنة :

منها ما روى عن الرسول– صلى الله عليه وسلم – فى قصة هند بنت عتبة زوج أبى سفيان أنه قال : " خذى ما يكفيك ويكفى ولدك بالمعروف " [2].

وجه الدلالة من الحديث :

يدل هذا الحديث على أن نفقة الزوجة والولد على الأب وأنها واجبة ولو لم تكن واجبة لما أباح النبى " صلى الله عليه وسلم " لهند أن تأخذ من مال زوجها بغير علمه ، وقيل هذا لا يكون إلا عند وجوب نفقتها ونفقة ولدها [3].

من المعقول :

أن نفقة الأولاد ، وأولاد الأولاد وإن نزلوا واجبة ، وعلى الجد نفقة أحفاده من أى جهة كانوا ولو لم يكونوا وارثين لأن الولد يشمل الولد المباشر وما تفرع عنه .

وولد الإنسان قطعة منه ، ويجب على الإنسان أن ينفق على نفسه فيجب عليه أن ينفق على من هو قطعة منه [4].

---

(1) جزء من الآية رقم 6 من سورة الطلاق .

(2) يراجع : الجامع لأحكام القرآن للقرطبى 3 / 164 ، أحكام القرآن لابن العربى 1/ 274 ، 4/ 287

(3) الحديث سبق تخريجه ص 243 .

(4) يراجع : بدائع الصنائع 4 / 44 ، 45 ، مغنى المحتاج 4 / 569 ، المغنى 11/ 232 ، كشاف القناع 5 / 481 ، المحلى 9 / 266 ، السيل الجرار 2 / 455 ، الروضة الندية 2 / 82 ، النيل 14/ 12 38 ، الفقه الإسلامى للزحيلى 7 / 822 .

أدلة أصحاب القول الثانى :

استدل أصحاب القول الثانى على ما ذهبوا إليه من أن نفقة الأولاد المباشرين فقط هى التى تجب على الأب دون أولاد الأولاد .

بقولـــه تعالى : ﴿ وعلى المولود له رزقهن .... الآية ﴾ (1) فتدل الآية على أن النفقة تجب بسبب الإرث لا بمطلق الجزئية (2) .

والراجح : ما عليه جمهور الفقهاء من أن نفقة أولاد الأولاد وأولادهم واجبة على الأب كنفقة الأولاد المباشرين ، لأن الولد يشمل المباشر وما تفرع منه .

ب – شروط وجوب النفقة للفروع :

لقد وضع الفقهاء شروطا لابد من توافرها حتى تكون نفقة الفرع واجبة على أصله وهـــى:

1 – أن يكون الأصل " المنفق "– قادرا على الإنفاق بيسار أو قدرة على الكسب.

فلقد اتفق الفقهاء على أن نفقة الولد واجبة على أبيه مادام الأب موسرا غنيا ، فينفق عليهم من ماله بما يفضل عن مؤنته ومؤنة زوجته ، لأنها مواساة فاعتبر فيها اليسار .. وقيل : لا يشترط يسار الوالد فى نفقه ابنه ولكنه يستقرض ويؤمر بوفائه إذا أيسر .

وقال الجمهور من الفقهاء : إن لم يكن له مال بأن كان معسرا ، فلا نفقه عليه لأن فاقد الشيء لا يعطيه ، ووجبت نفقته على غيره من الأصول أو الفروع .

فإن كان لا مال له ولكنه قادر على الاكتساب بعمل أو صنعه :

فذهب الجمهور من الفقهاء (غير المالكية) إلى أنه يجب عليه الاكتساب لينفق على أولاده ، لأن القدرة بالكسب كالقدرة بالمال .

وقال المالكية : لا يجب عليه التكسب لينفق على أولاده مادام معسرا .

---

(1) جزء من الآية رقم 233 من سورة البقرة .

(2) يراجع : بلغة السالك 1 / 488 ، مسالك الدلالة 214 ، المعونة 1 / 639 ، 640 ..

أما إذا كان الأب لا مال له وعاجزا عن التكسب أو ميتا .

فذهب " جمهور الفقهاء غير المالكية إلى أن النفقة على الموجود من الأصول ذكر أو أنثى مادام موسرا ، فتجب على الجد ثم الأم ثم الجدة ، فتنفق الأم على ولدها إن كانت موسرة ولم يكن لـــه أب ، أو كان غير قادر لأنها أحد الوالدين فأشبهت الأب ، وتكون النفقة بقدر الميراث بين الورثة .

وقال الإمام مالك : نفقة الابن على الأب وحده دون غيره إن كان موسرا فإن كان معسرا فلا يجب عليه التكسب ولو كان قادرا لينفق على ولده ، ولا تجب النفقة على الأم لأنها ليست عصبة [1].

2 – أن يكون الولد فقيرا معسرا لا مال له ولا قدرة له على الاكتساب

فلقد ذهب جمهور الفقهاء إلى أنه يشترط لوجوب نفقة الابن على أبيه أن يكون فقيرا محتاجا لا يجد ما ينفقه على نفسه وكان عاجزا عن الكسب لصغر سنه ، أو أنوثه ، أو مرض يمنعه من العمل ، أو طلب علم نافع وكان الأب قادرا على النفقة.

أما إذا كان له مال يكفيه ، فإنه تجب نفقته في هذا المال لا على غيره ولو كان أبوه غنيا ويبيع أبوه من ماله وينفق عليه ، فإن كان له مسكن يسكن فيه لا يباع عليه لينفق منه ، لأن الإيواء ضرورة من ضرورات الحياة ، إلا إذا كان له مسكن أخر زائد عن سكناه فإنه لا يعد محتاجا ، ولا يستحق النفقة ، ويباع عليه ، لأن فيه فضلا عن حاجته .

---

(1) يراجع : بدائع الصنائع 4 / 47 – 51 ، شرح فتح القدير 4/ 410 ، 411 ، الاختيار 3/ 169 ، الشرح الكبير وحاشية الدسوقي 2/ 522 – 524 ، بلغة السالك 1/ 489 ، المعونة 1 / 639 – 640 . الجلال المحلي وحاشية قليوبي 4/ 84 – 87 ؛ مغني المحتاج 3 / 570 - 574 ، حاشية البجيرمي 4 / 454 . المغني 11/ 235 – 239 ، كشاف القناع 5 / 481 – 482 . العدة شرح العمدة للمقدسي 449 ط : دار إحياء الكتب العربية . المحلى 9 / 266 . السيل الجرار 2 / 457 الروضة الندية 2 / 82 ، شرائع الإسلام 2 / 352 ، فقه الإمام جعفر الصادق 5 / 329 . الفقه الإسلامي وأدلته للزحيلي 7 / 822 وما بعدها.

وإن كان صاحب صنعه ، أو مكتسبا فيجب عليه الإكتساب ، وتكون نفقته فى كسبه لا على أبيه ، لأن نفقة القرابة تجب على سبيل البر والمواساة ، والموسر بماله أو صنعته ، أو عمله مستغن عن المواساة والبر والصلة [1].

فإذا وجبت النفقة للابن على أبيه فإنها تستمر للأولاد الذكور حتى يبلغوا الحلم بشرط القدرة على الكسب ، فإذا بلغ مجنونا أو صاحب مرض ، أو عاهة تمنعه من الاكتساب ، أو طلب علم استمرت النفقة حتى ينتهى من طلبه للعلم أو يذهب مرضه، فإذا بلغ قادرا على الكسب ، فلا نفقة لــه على أبيه ، وللأب أن يعلمه حرفة يكتسب منها أو يؤاجره لينفق عليه منهــا لأنه صار موسرا بعمله وبصنعته .

وخالف فى ذلك الحنابلة : فقالوا : للولد النفقة على أبيه إذا كان فقيرا حتى ولو كان صحيحا وتستمر النفقة بالنسبة للأنثى ، حتى تتزوج ثم تصبح نفقتها على زوجها ، وقال الشافعى : حتى تبلغ وإذا عادت إلى أبيها بعد الزواج فتعود نفقتها على الأب ، وقال مالك : لا يلزم الأب الإنفاق عليها .

فإن كانت الأنثى قادرة على الكسب من مهنة شريفة سقطت نفقتها عن أبيها ، وتكون نفقتها فى كسبها إلا إذا كان لا يكفيها ، ولا يجوز لأبيها أن يؤاجرها للخدمة لما فيها من مخاطر الخلوة بها وهو لا يجوز شرعا ، ولكنه يجوز له أن يعلمها عند امرأة حرفة معينه مناسبة كخياطة أو غزل .

وتستمر النفقة على طالب العلم ولو كان صحيحا بالغا قادرا على الكسب بشرط كون والده قادراً والطالب مجدا ناجحا فى دراسته ، فإن كان غير ذلك فلا جدوى فى تعليمه ، وعليه الإنصراف لتعليم مهنة أو حرقة تكفيه [1].

---

(1) يراجع : بدائع الصنائع 4 / 49 – 51 ، شرح العناية بهامش شرح فتح القدير 4 / 414 ، حاشية الدسوقى 2 / 542 ، المعونة 1 / 639 ، الوجيز للغزالى 339 ط : دار الفكر ، مغنى المحتاج 3 / 570 ، 574 ، المغنى 11/ 238 ، الروض المربع 522 ، المحلى 9 / 269 . 276 ، السيل الجرار 456 . شرائع الإسلام 2 / 352 . شرح كتاب النيل 14/ 12 .

3 – اتحاد الدين بين المنفق والمنفق عليه :

لقد اشترط الحنابلة وحدهم أن يكون المنفق والمنفق عليه متحدين فى الدين فلا نفقه للمسلم على الكافر ، ولا للكافر على المسلم ، لأنها مواساة ولا تجب مع اختلاف الدين.

وما عليه جمهور الفقهاء أن النفقة واجبة على الأب ولو خالف الابن فى الدين ، لأن النفقة سببها الولادة وهى ثابتة مع اختلاف الدين واتحاده ، وهى وسيلة الحياة ، والحياة مطلوبة ولو مع الكفر ، لأن المال لا أهمية له فى الحقيقة ، والله يرزق المؤمن والكافر على السواء [2] .

جـ- ما تشمله النفقة الواجبة للفرع ومقدارها :

لقد نادى الإسلام بصيانة الأولاد عن المذلة والمهانة ، وأوجب لهم النفقة على الأب وفى هذا الوجوب حرص ظاهر على الإحسان إلى هذه القرابة وصلة الأرحام بسد حاجتهم الضرورية من طعام ولباس ومسكن حتى لا تتعرض هذه الصلة المرموقة بالعناية الإلهية إلى عوامل الهجر والقطيعة ، إذ لا شيء أدعى إلى الحقد والتنافر من تركهم فى حاجة إلى هذه الضرورات اللازمة لبقاء الحياة من أقرب الناس إليهم مع القدرة على ذلك [3] .

---

(1) يراجع : شرح فتح القدير 4 / 410 ، الشرح الكبير وحاشية الدسوقى 2 / 522 ، 524 ، مغنى المحتاج 3 / 571 ، الميزان الكبرى الشعرانية 2 / 194 ، المغنى 11 / 239 ، كشاف القناع 5 / 483 ، المحلى 9 / 266 ، 277 ، شرح كتاب النيل 14/ 11، 38 .

(2) يراجع : بدائع الصنائع 4/ 52 ، شرح العناية بهامش شرح فتح القدير 4/ 413 ، حاشية الدسوقى 2 / 522 ، مغنى المحتاج 3 / 569 ، المغنى 11 / 236 ، كشاف القناع 5 / 482 ، 484 ، المحلى 9 / 275 ، السيل الجرار 2 / 254 ، فقه الإمام جعفر الصادق 5 / 329 ، الفقه الإسلامى وأدلته للزحيلى 7 / 825 .

(3) يراجع : زاد المعاد لابن قيم 4 / 244 ط : مكتبة فياض دار المنار الطبعة الأولى 1419 هـ الأحوال الشخصية د / محمد مصطفى شحاته 140 ، 141 ، ط : 1403 هـ .

فلذا اتفق الفقهاء على أن نفقة الفرع من ولد وولد ولد على الأب إذا توافرت الشروط السابقة من خبز وإدام ، وشراب ، وكسوة ، وسكنى ، ورضاع ،وحضانة، ونفقة مرض من أجرة طبيب ، وثمن دواء وأجر مستشفى ، وما يتعلق بذلك .

وكذلك ذهب الجمهور إلى أن الولد إن احتاج إلى خادم يخدمه فعلى الوالد إخدامه لأنه من تمام كفايته ، وخالف المالكية فى قول لهم فقالوا : لا يلزم الأب خادم ولده ولو احتاج إليه وإن كان للابن زوجة فتجب نفقتها أيضا على الأصل المنفق – الأب – عند الجمهور – لأن ذلك من تمام كفايته ، وخالف المالكية أيضا فقالوا : لا تجب نفقة زوجة الابن لأنها تسقط باعسار الزوج [1] .

أما إذا احتاج الابن إلى الزواج : فذهب الحنفية ووجه عند الشافعية ، والإمامية ، أنه لا يجب على الأب تزويج ابنه الفقير ، ولو احتاج إليه [2] وذهب الحنابلة ووجه عند الشافعية إلى أنه يجب على الأب تزويج ابنه عند الحاجة [3] .

وهذه النفقة غير مقدرة وهى مبنية على الحاجة ، فلذا وجبت لها فتقدر بقدرها ، وقيل: تقدر بقدر الكفاية على قدر حال المنفق على حسب عادات أهل البلاد وتقاليدهم، ولقد قال النبى – صلى الله عليه وسلم – لهند زوج أبي سفيان " خذى ما يكفيك ويكفى ولدك بالمعروف " [4].

---

(1) يراجع : بدائع الصنائع 4/ 54 ، 55 ، الاختيار 3 / 168 ، بلغة السالك 1 / 488 ، الشرح الكبير وحاشية الدسوقى 2 / 523 ، مغنى المحتاج 3 / 570 ، 571 ، الجلال المحلى وحاشيتى قليوبى وعميرة 4 / 85 ، الوجيز للغزالى 339 ، المغنى 252/11 ، كشاف القناع 5 / 481 – 483 الروضة الندية 2 / 84 ، فقه الإمام جعفر الصادق 5 / 330 ، شرح كتاب النيل 13/ 623 .

(2) يراجع : بدائع الصنائع 4 / 54 ، 55 ، مغنى المحتاج 3 / 570 ، الروضة الندية 2 / 84 .

(3) يراجع : الجلال المحلى وحاشيتى قليوبى وعميرة 4 / 85 ، المغنى 11/ 252 .

(4) الحديث : سبق تخريجه ص : 243 .

فقولـــه – صلى الله عليه وسلم – خذى ما يكفيك ويكفى ولدك فقد قدر ذلك بالكفاية فالنفقة إذا وجبت على الأب لابنه أو لأولاد فإنها تقدر بقدر كفايتهم دون إسراف أو تقتير على قدر حال المنفق فى ذلك إذا توافرت الشروط السابقة [1].

2 – النفقة على الأصول :

أتناول النفقة على الأصول ببيان مشروعيتها وشروطها وما تشمله النفقة ومقدارها فيما يلى :

أ – مشروعية النفقة على الأصول :

لقد اتفق الفقهاء على وجوب نفقة الأبوين – الأب ، والأم – الفقيرين على الولد الموسر [2] واستدلوا على ذلك بالكتاب والسنة والمعقول :

من الكتـــاب :

قول الله تعالى : ﴿ وقضى ربك ألا تعبدوا إلا إياه وبالوالدين إحسانا ... ﴾ [3].

وقوله تعالى : ﴿ واعبدوا الله ولا تشركوا به شيئا وبالوالدين إحسانا ... ﴾ [4].

وقوله تعالى : ﴿ ووصينا الإنسان بوالديه إحسانا ... ﴾ [5].

وقوله تعالى : ﴿ وصاحبهما فى الدنيا معروفا .... ﴾ [6].

---

(1) يراجع : الاختيار 3 / 168 ، بلغة السالك 1 / 488 ، الوجيز للغزالى 339 ، كشاف القناع 5/ 481 ، 483 ، فقه الإمام جعفر الصادق 5/ 330 ، النيل 13/ 623 .

(2) يراجع : بدائع الصنائع 4 / 43 ، 44 ، الهداية بهامش شرح فتح القدير 4/ 415 ، الشرح الكبير وحاشية الدسوقى 2/ 522، المعونة 1 / 640 ، مغنى المحتاج 3/ 569 ، المغنى 11/ 234 المحلى 9 / 266 ، البحر الزخار 4/ 279 ، السيل الجرار 2/ 455 ، 460 ، الروضة الندية 2 / 82 ، شرح كتاب النيل 14/ 11 ، 13 .

(3) جزء من الآية رقم 23 من سورة الإسراء .

(4) جزء من الآية رقم 36 من سورة النساء .

(5) جزء من الآية رقم 15 من سورة الأحقاف .

(6) جزء من الآية رقم 15 من سورة لقمان .

وجه الدلالة من هذه الآيات على وجوب نفقة الأبوين على الأبناء :

من الإحسان إلى الوالدين أن ينفق عليهما عند الحاجة ، ومن ترك أبويه جائعين وهو قادر على الإنفاق عليهما لم يكن محسنا إليهما ، ومن المعروف معهما : القيام بكفايتهما من حيث الإنفاق عليهما ، وليس من المعروف أن يعيش الرجل فى النعم ويترك والديه ولو كانا مخالفين فى الدين فإن بعض هذه الآيات نزلت فى الأبوين الكافرين .

فلقد أوجب الله على الولد أن يحسن صحبة أبويه بالمعروف ، فمن ترك أبويه وهم فى حاجة وفاقه – أى فقر – وهو قادر على أن يدفع حاجتهما فقد ترك مصاحبتهما بالمعروف [1].

من السنة :

1- ما روى عن عائشة رضى الله عنها قالت: قال رسول الله " صلى الله عليه وسلم" " إن أطيب ما أكلتم من كسبكم وإن أولادكم من كسبكم فكلوه هنيئا مريئا" [2].

2- ما روى عن جابر رضى الله عنه أن النبى " صلى الله عليه وسلم " قال : لمن جاء يشكو والده لأنه أخذ ماله .... أنت ومالك لأبيك ....) [3] .

وجه الدلالة من هذين الحديثين :

لقد أطلق النبى صلى الله عليه وسلم – للأب الأكل من كسب ولده إذا احتاج إليه مطلقا دون شرط إذن أو عوض ، وكسب ولده كسبه ، لأن ولده من كسبه ، وجعل

---

(1) يراجع : الجامع لأحكام القرآن للقرطبى 14/ 66 ، الفقه الإسلامى وأدلته للزحيلى 7 / 830 .

(2) الحديث أخرجه أبو داود فى كتاب البيوع 3 / 287 ح / 3528 ، 3529 ، وابن حبان 6/ 226 ح/ 4245 ، 4247 ، والترمذى 3/ 639 ح : 1358 وقال أبو عيسى حديث حسن صحيح ، أحمد فى المسند 6/ 41 ، النسائى فى سننه 7/ 241 ، وابن ماجة فى سننه فى التجارات 2/ 723 ح/ 2137 .

(3) الحديث أخرجه أبو داود فى البيوع 3 / 287 ح / 3530 ، ابن حبان فى صحيحه 6/ 227 ح / 4248، وقال: رجاله ثقات وإسناده صحيح ، الزيلعى فى نصب الراية 4/ 135 ط : دار الحديث .

كسب الرجل أطيب المأكول ، والمأكول كسبه لا نفسه ، فكانت نفقته فيه ، لأن نفقة الإنسان فى كسبه [1].

من المعقــول :

ليس فى العقوق بالوالدين أكثر من أن يكون الابن غنيا ذا مال ويترك أباه يكنس الخطيرة والمرحاض، أو يعلف الدواب أو يغسل ثياب الناس ، ويدع أمه تخدم الناس وتسقى الماء فى الطرق ، فما خفض لهما جناح الذل من الرحمة من فعل ذلك وهو فى سعة ذات اليد وفى غنى ويسار ، ألم تكن نفقته واجبة على والديه فى صغره ، وليس له مال أو قدره على التكسب ؟ ، فإدرار النفقة عليهما عند عجزهما وحاجتهما من باب شكر النعمة ورد بعض الجميل الذى تلقاه منهما [2].

ولكن الفقهاء اختلفوا فى وجوب النفقة فيما سوى الوالدين – الأب والأم – كالجد والجدة وإن علوا ، وذلك على قولين :

القول الأول : ذهب إليه جمهور الفقهاء (الحنفية والشافعية والحنابلة والظاهرية والزيدية ، وقول عند الإمامية ، والإباضية) إلى أن الأصول الذين تجب نفقتهم على الأبناء هم الأباء والأجداد والأمهات والجدات وإن علوا مطلقا [3] .

القول الثانى : ذهب إليه المالكية وقول مرجوح عند الإمامية ، إلى أن الأصول الذين تجب نفقتهم على الأبناء هم الأباء والأمهات المباشرين فقط دون الأجداد والجدات سواء من جهة الأب أو الأم [4].

---

(1) يراجع : نيل الأوطار 6 / 17 ، شرح معانى الآثار للطحاوى 4 / 158 ط : دار الكتب العلمية ، الفقه الإسلامى وأدلته للزحيلى 7 / 830 .

(2) يراجع : المحلى 9 / 276 ، زاد المعاد 4 / 245 .

(3) يراجع : شرح فتح القدير والهداية 4/ 415 ، 416 ، الجلال المحلى وحاشية قليوبى 4/ 84 ، كشاف القناع 5 / 480 ، المحلى 9 / 266 ، البحر الزخار 4 / 279 ، شرائع الإسلام 2 / 352 فقه الإمام جعفر 5 / 329 ، شرح كتاب النيل 14/ 11 ، 13 .

(4) يراجع : الشرح الكبير بهامش حاشية الدسوقى 2 / 523 ، المعونة 1 / 640 ، بلغة السالك 1/ 488 شرائع الإسلام 2 / 352 .

الأدلـــة

أدلة أصحاب القول الأول :

استدل جمهور الفقهاء على ما ذهبوا إليه بما يلى :

1- أن الأب يطلق على الجد ، وكل من كان سببا فى الولادة ، وكذلك الأم تطلق على الجدة مهما علت ، ولقد جاء فى القرآن الكريم ما يدل على ذلك فقال سبحانه ﴿ **كما أخرج أبويكم ....** ﴾ [1] ، والمراد بهما آدم وحواء ، وقوله تعالى : ﴿ **ملة أبيكم إبراهيم ...** ﴾ [2].

2 - لقد أجمع العلماء على أن الجدة تحرم على الإنسان كما تحرم عليه أمه لقوله تعالى : ﴿ **حرمت عليكم أمهاتكم** ﴾ [3] .

3 - لأن بين الولد وأصله قرابة فوجب رد الشهادة ، فأشبه الجد والجدة الوالدين القريبين ويقوم الجد مقام الأب عند عدمه [4].

أدلة أصحاب القول الثانى :

استدل المالكية ومن وافقهم على ما ذهبوا إليه من أن النفقة لا تجب إلا للآباء والأمهات المباشرين فقط ولا تجب للجد ولا الجدة بما يلى :

أن الجد ليس بأب حقيقى ، ولأن النفقة على الأقارب لا تجب انتقالا وإنما تجب ابتداءا ونفقة الجد لازمة للأب ، فلا تنتقل إلى ولده وهكذا [5].

---

(1) جزء من الآية رقم 27 من سورة الأعراف .

(2) جزء من الآية رقم 78 من سورة الحج .

(3) جزء من الآية رقم 13 من سورة النساء .

(4) يراجع : شرح فتح القدير 4/ 415 ، مغنى المحتاج 3 / 69 ، المغنى 11/ 234 ، المحلى 9 / 266 البحر الزخار 4/ 276 . فقه الإمام جعفر 5/ 329 ، النيل 14/ 11/ 13 ، الفقه الإسلامى وأدلته للزحيلى 7 / 830 .

(5) يراجع : الشرح الكبير بهامش حاشية الدسوقى 2 / 523 ، المعونة 1 / 640 ، شرائع الإسلام 2 / 352 .

القول الراجح : ما ذهب إليه جمهور الفقهاء لقوة أدلتهم وأن الجد أب ويقوم مقامه عند عدم وجوده فى الانفاق فكذا يلزم الابن النفقة عليه عند عدم الأب .

فإذا تعدد الأصل الواجب له النفقة كالأب والأم ، ويستطيع الولد أن ينفق عليهما فلا إشكال، وإنما الإشكال يثور إذا كان الولد لا يستطيع أن ينفق إلا على واحد منهما . فاختلف الفقهاء في ذلك .

فذهب الجمهور من الفقهاء إلى أن الأم تقدم ، لأن حقها أقوى بدليل :

1 – ما روى عن أبى هريرة رضى الله عنه أن النبى صلى الله عليه وسلم قال : للرجل الذى سأله : من أبر ؟ قال : أمك ، قال : ثم من ، قال : أمك ، قال ثم من ، قال : أمك قال ثم من ، قال أبوك " وفى رواية البخارى من أحق الناس بحسن صحابتى ؟ قال أمك .... الحديث [1] .

2 – وأيضا الأم تقدم لأنها أحق بالبر من الأب لفضيلة الحمل والرضاع والتربية وزيادة الشفقة .

3 – وأيضا الأم أضعف وأعجز من الأب .

وقال بعض الفقهاء الأب يقدم لأنه يجب عليه نفقة الصغير دون الأم ، والغنم بالغرم وأيضا لانفراده بالولاية على ولده دون الأم .

وقال مالك ، وبعض الشافعية وبعض الحنابلة والظاهرية ، والإمامية ، تقسم بينهما وتكون بالتساوى فى استحقاقهما وإن هذا لأرفق بنظام الحياة الإجتماعية حيث تسود الألفة والمحبة بين الولد ووالديه [2] .

---

(1) الحديث صحيح أخرجه البخارى فى كتاب النفقات 22/ 177 ح / 5971 ، ومسلم فى البر والصلة 16/ 79 ح / 2548 ، وأبو داود فى الأدب 4/ 338 ح / 5139 عن بهز بن حكيم ، وأحمد فى المسند 2/ 391 ، والترمذى فى كتاب البر 4/ 309 ح / 1797 .

(2) يراجع : بدائع الصنائع 4/ 52 ، الشرح الكبير وحاشية الدسوقى 2/ 523 ، حاشية البيجيرمى 4/ 450 ، كشاف القناع 5/ 483 ، المغنى 11/ 251 – 252 ، المحلى 9 / 272 ، 273 ، نيل الأوطار 6 / 388 ، فقه الإمام جعفر الصادق 5/ 330 ، 532 ، الأحوال الشخصية د / محمد مصطفى شحاته 143 .

7- شروط وجوب النفقة للأصول على الفروع :

لقد اشترط الفقهاء بعض الشروط لابد من توافرها لوجوب الانفاق على الأصول وهى :

1- أن يكون الأصل طالب النفقة فقيرا معسرا أو عاجزا عن الكسب .

تحرير محل النزاع :

لقد اتفق الفقهاء على أنه إذا كان للأصل الطالب للنفقة مال ، فنفقته فى ماله ولا تلزم الابن نفقته ، وكذلك اتفقوا على أنه إذا لم يكن له مال وكان عاجزاً عن الكسب بأن كان مجنونا أو به عاهة من مرض أو شلل فإن نفقته تجب على فرعه[1].

أما إذا كان ليس له مال ولكنه قادر على الكسب بصنعة أو عمل فاختلف الفقهاء فى وجوب النفقه له على فرعه وذلك على قولين :

القول الأول : ذهب إليه " الحنفية ، والشافعية ، والظاهرية ، والزيدية ، وبعض الإمامية " إلى أنه يجب النفقة للأصل ولو كان قادرا على الكسب مادام أنه فقير ولا يكلف بالتكسب [2] .

القول الثانى : ذهب إليه " المالكية ، والحنابلة ، وبعض الإمامية " إلى أنه لا تجب على الفرع – الولد – نفقة الأصل – الوالد – مادام قادرا على الكسب، ويجبر على التكسب ليستغني به ولا نفقة له [1].

---

(1) يراجع : شرح فتح القدير والهداية 4 / 415 ، 416 ، الاختيار 3 / 167 ، 168 ، بدائع الصنائع 4 / 50 ، بلغة السالك 1 / 481 ، مغنى المحتاج 3 / 570 ، 571 ، الجلال المحلى وحاشية قليوبى 4 / 84 ، الوجيز للغزالى 330 ، كشاف القناع 5/ 482 ، المحلى 9 / 266 ، البحر الزخار 4/ 279 ، الروضة الندية 2 / 82 ، شرائع الإسلام 2 / 352 .

(2) يراجع : الاختيار 3/ 167 ، 168 ، بدائع الصنائع 50/4 ، مغنى المحتاج 3/ 570 ، 571 المحلى 9 / 266 ، البحر الزخار 4 / ./ 279 ، الروضة الندية 2 / 82 .

الأدلـــة

أدلة أصحاب القول الأول :

استدل أصحاب القول الأول على ما ذهبوا إليه من أن النفقة تجب على الفرع لأصله ولو كان هذا الأصل قادرا على الكسب ما دام أنه فقير ولا يكلف التكسب ولا يجبر عليه بما يلى :

أ – إن إلزام الوالدين بالكسب مع غنى الأبناء ويسارهم أبلغ أنواع الأذى الذى نهى الله عنه بقوله تعالى : ﴿ ولا تقل لهما أف ...... ﴾ [2].

والتأفيف هو أدنى الأذى بالوالدين وقد نهى عنه .

ب – فى إجبار الوالدين الفقيرين مع غنى ولدهما على الإكتساب إساءة لهما وجرح لشعورهما .

ج – لقد أمر الله بالإحسان إلى الوالدين وفى إلزامهم التكسب ترك الإحسان إليهما مع غنى الأولاد ، ويقبح بالإنسان أن يكلف والديه بالعمل مع اتساع ماله [3].

أدلة أصحاب القول الثانى :

واستدل أصحاب القول الثانى على ما ذهبوا إليه من أن الفرع لا تجب عليه نفقة الأصل مادام هذا الأصل قادرا على التكسب ويجبر عليه ليستغن به بما يلى :

– النفقة قد وجبت على سبيل البر والمواساة والصلة ، والذى يكسب بصنعته أو بعمله كالموسر مستغن عن المواساة والصلة فلا نفقة له [4].

---

(1) يراجع : الشرح الكبير وحاشية الدسوقى 2/ 522 ، بلغة السالك 1/ 488 ، المعونة 1/ 640 ، كشاف القناع 5/ 482 ، 483 ، المغنى 11/ 235 – 240 ، الروض المربع 522 ، فقه الإمام جعفر الصادق 5/ 329 ، شرائع الإسلام 2 / 352 .

(2) جزء من الآية رقم 23 من سورة الإسراء.

(3) يراجع : شرح فتح القدير 4/ 415 ، بدائع الصنائع 4/ 50 ، مغنى المحتاج 3 / 570. البحر الزخار 4/ 279 ، الروضة الندية 2 / 82 . الفقه الإسلامى وأدلته للزحيلى 8 / 831 .

(4) يراجع : حاشية الدسوقى 2 / 522 ، المعونة 1 / 640 ، كشاف القناع 5 / 482 ، فقه الإمام جعفر الصادق 5 / 329 .

وأرى أن ما عليه أصحاب القول الأول هو الراجح والصحيح الذى يجب الأخذ به لقوة أدلتهم ، وأيضا : إن فى طلب التكسب والعمل من الوالدين إهانة لهما ، بل إهانة للولد نفسه مع يسرة وسعة حاله ، فإنه يجبر على الإنفاق عليهما ولو كانا قادرين على الكسب ، بل ولو كان معهما مال واحتاجا إليه فلا ينبغى له أن يمنعه عنهما ، كما حدث ذلك مع الرجل الذى جاء يشتكى إلى النبى – صلى الله عليه وسلم – من أن أباه قد أخذ ماله فقال – صلى الله عليه وسلم – : " أنت ومالك لأبيك "(1) .

2 – أن يكون الفرع موسرا أو قادرا على التكسب .

تحرير محل النزاع :

لقد اتفق الفقهاء على أنه لكى تجب نفقة الأصل على فرعه أن يكون الأصل فقيرا والفرع موسرا غنيا أى عنده ما يزيد عن قوته وقوت عياله ، وإلا فإنه لا تجب عليه النفقة لأنه يكون معسرا إذا كان لا يفضل عنه شيء ، وكذلك اتفقوا على أنه إذا كان غير موسر وغير قادر على لتكسب فلا تجب عليه النفقة (2).

أما إذا كان الفرع غير موسر بأن كان معسرا ولكنه قادر على الكسب فقد اختلف الفقهاء فى إلزامه وإجباره على التكسب لينفق على والديه وذلك على قولين :

القول الأول : ذهب إليه جمهور الفقهاء إلى أنه إن كان الولد معسرا ولكنه قادرا على التكسب فإنه يجبر عليه لينفق على والديه من فاضل كسبه بعد نفقة نفسه فإن لم يفضل شيء فلا نفقة له (3) .

---

(1) الحديث سبق تخريجه ص 260 .

(2) يراجع : بدائع الصنائع 4 / 52 ، حاشية الدسوقى 2 / 522 ، مغنى المحتاج 3 / 574 ، المحلى 9 / 275 ، البحر الزخار 4/ 279 ، شرائع الإسلام 2 / 352 .

(3) يراجع : بدائع الصنائع 4/ 52 ، الهداية وشرح العناية بهامش شرح فتح القدير 4/ 416 – 418 مغنى المحتاج 3 / 570 – 574 ، الجلال المحلى وقليوبى 4/ 84 – 87 ، المغنى 11 / 235 وما بعدها المحلى 9 / 266 ، 276 ، البحر الزخار 4/ 279 ، شرائع الإسلام 2 / 352.

واستدلوا على ذلك بما يلي :

1 – ما روى عن جابر – رضى الله عنه – أن النبى " صلى الله عليه وسلم " قال لرجل: إبدأ بنفسك فتصدق عليها ، فإن فضل شيء فلأهلك ، فإن فضل عن أهلك شيء فلذى قرابتك ، فإن فضل عن ذى قرابتك فهكذا وهكذا " [1]، والمراد بقوله هكذا وهكذا يمينا وشمالا كناية عن التصدق [2].

2 – ما روى عن أبي هريرة "رضى الله عنه" قال : قال رسول الله " صلى الله عليه وسلم" تصدقوا ، قال رجل : عندي دينار ، قال : تصدق به على نفسك ، قال عندى دينار آخر قال : تصدق به على زوجتك ، قال:عندى دينار آخر،قال: تصدق به على ولدك ، قال : عند دينار آخر ، قال: تصدق به على خادمك ، قال :عندى دينار آخر ، قال أنت أبصر به " [3].

وجه الدلالة من هذين الحديثين :

يدل هذان الحديثان على أنه يلزم الرجل أن ينفق على نفسه أولا ثم على زوجته ثم على قرابته من ولده ووالده من مما معه من مال ولم يفرق فى الحديثين بين إذا كان موسراً معه مال أو اكتسبه من صنعة أو عمل ، وأنه يجب عليه أن يكتسب لينفق على والديه من فاضل كسبه [4].

القول الثانى : ذهب إليه المالكية إلى أنه لا يلزم الولد المعسر النفقة على والديه ولا يجبر على التكسب إذا كان قادرا عليه لينفق على والديه [5].

---

(1) الحديث أخرجه مسلم فى الزكاة 7 / 68 ، حديث رقم 997 / 41 ، والنسائى فى سننه 70/5 الشوكانى فى نيل الأوطار 6/ 380 ح / 2973 .

(2) يراجع : نيل الأوطار 6 / 381 .

(3) الحديث أخرجه ابن حابن وصححه 6 / 217 ح / 4219 ، وأبو داود فى باب صلة الرحم 2 / 136 ح / 1691 ، والنسائى 5/ 62 ، وأحمد فى المسند 2 / 251 .

(4) يراجع : نيل الأوطار 6 / 381 ، سبل السلام 3 / 226 .

(5) يراجع : الشرح الكبير وحاشية الدسوقى 2/ 522 – 524 ، بلغة السالك 1/ 488 – 489 ، المعونة 1 / 640 .

وما عليه الجمهور هو الصواب والأولى بالاتباع من أن نفقة الأصول واجبة على الأولاد" الفروع "، لأن الأولاد أقرب الناس إليهما فكانوا أولى الناس باستحقاق النفقة عليهما .

فإذا كان الابن غير قادر على الكسب فلا يكلف بالنفقة ، لأنه كالمعدوم ، أما إذا كان غير عاجز ولكن كسبه لا يكفيه فكذلك لا نفقة للأصل مادام الأصل قادرا على الكسب ، وإن كان له فضل من كسبه فإنه يجبر على الانفاق على والديه .

فإذا كان عاجزا عن التكسب وليس له مال إلا ما يكفيه حيث يعيش وحده ، فلا يجبر على ضم والده إليه قضاءا ويجبر ديانة .

وإن كان له عيال يجبر على ضم أبيه إليهم ، لأن إدخال الواحد مع الجماعة لا يؤثر فى نفقتهم فطعام الأربعة يكفى خمسة وهكذا [1] .

هذا ما ذكرناه إذا لم يوجد للأصل غير فرع واحد ، أما إن تعدد الفرع فقد اختلف الفقهاء فى كيفية توزيع النفقة عليهم على النحو التالى :

1 – قال الحنفية والشافعية فى وجه : إذا اتحدت الدرجة كالابن والبنت فتجب النفقة عليهم بالتساوى لا فرق بين الذكر والأنثى ، وإن اختلفا فى القرب كالبنت وابن الابن ، فتجب على الأقرب وحده [2] .

2 – وقال المالكية والإمامية والإباضية : أنها توزع على الموسرين عند التعدد ، على عدد الرؤوس ، وقيل : على حسب الإرث الذكر مثل حظ الأنثيين [3]، وأرجح هذه الأقوال أنها على حسب اليسار .

---

(1) يراجع : الفقه الإسلامى وأدلته للزحيلى 7 / 831 .

(2) يراجع : بدائع الصنائع 4/ 52 ، شرح العناية بهامش شرح فتح القدير 4/ 416 ، مغنى المحتاج 3/ 570 – 574 ، الجلال المحلى وقليوبى 84/4 – 87 .

(3) يراجع : حاشية الدسوقى 2/ 522 – 524 ، المعونة 1 / 640 ، فقه الإمام جعفر 5/ 329 – 232 الروضة الندية 2 / 82 ، شرح كتاب النيل 11/14 .

3 – وقال الشافعية فى، وجه والحنابلة ، والزيدية " ، النفقة على أساس الإرث فتوزع على حسب الحصص فى الميراث [1].

4 – وقال الظاهرية توزع النفقة على الرؤوس وليست على قدر الميراث ومن محب من الميراث فلا شيء عليه من النفقة [2] .

3 – أن يكون الفرع المنفق وارثا " اتحاد الدين بين المنفق والمنفق عليه " .

لقد ذهب الحنابلة إلى أنه يشترط أن يكون المنفق " الفرع " وارثا للمنفق عليه ، فلا حجب النفقة عند اختلاف الدين ، لقوله تعالى **﴿ وعلى الوارث مثل ذلك ﴾** [3] فلا تجب نفقة الأب الكافر على ابنه المسلم لأنهما غير متوارثين ، والنفقة وجبت على سبيل البر والصلة ، ولا تجب مع اختلاف الدين [4] .

بينما ذهب " جمهور الفقهاء " إلى أن النفقة تجب للأباء على أبنائهم ولو كانا غير مسلمين بل وتجب للأب المسلم ولو كان الابن كافرا ، لأن اتحاد الدين ليس بشرط لوجوب نفقة الأصل على الفرع ، لقولـــه تعالى : **﴿ وإن جاهداك على أن تشرك بى ما ليس لك به علم فلا تطعهما وصاحبها فى الدنيا معروفا ﴾** [5] وليس من المعروف ترك الانفاق عليهما مع القدرة وهذا هو الصحيح [6] .

---

(1) يراجع : الجلال المحلى 4 / 87 ، الروض المربع 522 ، كشاف القناع 5/ 482 ، 483 ، البحر الزخار 4/ 279 ، السيل الجرار 2 / 454 .

(2) يراجع : المحلى 9 / 275 .

(3) جزء من الآية رقم 233 من سورة البقرة .

(4) يراجع : المغنى 11 / 236 ، كشاف القناع 5 / 482 ، العدة 449 .

(5) جزء من الآية رقم 15 من سورة لقمان .

(6) يراجع : بدائع الصنائع 4 / 52 ، 53 ، مغنى المحتاج 13/ 569 ، حاشية الدسوقى 2/ 522 الجلال المحلى 4/ 84 ، المحلى 9 / 266 ، وما بعدها ، البحر الزخار 4/ 279، فقه الإمام جعفر 5 / 329 .

جـ - ما تشمله النفقة الواجبة للأصل ومقدارها :

لقد حض الإسلام الأولاد على البر بالوالدين والإحسان إليهما ، ومن جملة برهما والإحسان عليهما النفقة عليهما ، فإذا ما ثبتت النفقة للأصول على الفروع لزم الفرع كل ما يحتاج إليه الأصل من ضروريات الحياة التى لا تستقيم إلا بها من مأكل، ومشرب، وملبس ومسكن وغير ذلك، وهذه النفقة ليست مقدرة، أى ليس لها تقدير معين، وإنما تجب على الفرع لأصله بقدر الكفاية ، لأنها تجب للحاجة فقدرت بالكفاية ، والكفاية تتعلق بكل ما يحتاج إليه الأصل ، وإن كان للمنفق عليه " الأصل" - خادم يحتاج إلى خدمته ، فيفرض لـــه نفقة خادم وتلزم الفرع ، لأن ذلك من جملة الكفاية هذا جملة ما اتفق عليه الفقهاء [1] .

أما تزويج الأب ونفقة زوجته فقد اختلف الفقهاء فى ذلك على النحو التالى :

1- ذهب جمهور الفقهاء الحنفية والشافعية والزيدية ، إلى أنه على الولد إعفاف أبيه بالتزويج بزوجة واحدة إذا احتاج الأب إليها ، وعلى الولد نفقة زوجة أبيه [2].

2- وذهب " المالكية ، والحنابلة ، والإباضية " إلى أنه يلزم الولد إعفاف أبيه بالتزويج بأكثر من واحدة ولو أربع إن لم يحصل الإعفاف بواحدة ، لأنه يلحقه الضرر بفقده فوجب كالنفقة [3].

3 - وذهب " بعض الحنفية فى الراجح عندهم ، والظاهرية، والإمامية " إلى أنه لا يجب على الولد تزويج أباه ، ولا تجب عليه نفقة زوجة أبيه ، لأن التزويج

---

(1) يراجع : بدائع الصنائع 4/ 46 وما بعدها ، بلغة السالك 1/ 488 ، مغنى المحتاج 3/ 571 كشاف القناع 5/ 483 وما بعدها ، المحلى 9 / 278 ، البحر الزخار 4 / 279 ، الروضة الندية 2 / 84 ، النيل 14/ 16 .

(2) يراجع : بدائع الصنائع 4/ 46 ، 47 ، 54 ، 55 ، الاختيار 3/ 168 ، مغنى المحتاج 3/ 570 571 ، الجلال المحلى وحاشيتى قليوبى وعميرة 4/ 85 ، البحر الزخار 4/ 279 .

(3) يراجع : الشرح الكبير وحاشية الدسوقى / 522 ، 523 ، بلغة السالك 1 / 488 ، كشاف القناع 5 / 483 - 486 ، المغنى 11 / 242 - 252 ، شرح كتاب النيل 623/13 ، 16/14 .

ليس من النفقة ولو احتاج إليه وأيضا الزواج من أعظم الملاذ ، فهو كالحلواء ، فلم تجب للأب [1] .

والراجح: اذهب إليه المالكية ومن وافقهم من أنه يلزم الابن اعفاف أبيه بالتزويج فإن حصل بواحدة فلا تجب عليه الزيادة وإن لم يحصل اعفاف بواحدة لزمه إعفافه ولو بأكثر من واحدة مادام الولد موسرا قادرا على الانفاق على نفسه وأهله ووالده ، لأن الزواج مما تدعوا إليه الحاجة ويستضر الأب بفقده فيلزم الابن كالنفقة ، ولا يشبه الزواج الحلواء ، لأنه لا يستضر بفقدها .

3 – النفقة على الأقرباء من غير الأصول والفروع وهم الحواشي:

أتناول فيما يلى النفقة على الأقارب من الحواشي وذوى الأرحام ببيان مشروعيتها وشروطها وما تشمله النفقة ومقدارها وذلك على النحو التالى :

أ – مشروعية النفقة على الأقارب غير الأصول والفروع من الحواشي وذوى الأرحام :

لقد اتفقت أقوال الفقهاء فى مشروعيتها ، إلا أنهم اختلفوا فى وجوبها لهم وعدم وجوبها وذلك على قولين :

القول الأول : ذهب إليه " المالكية، والشافعية ، وقول عند الزيدية ، والإمامية ، وقول عند الإباضية " إلى أنه لا تجب النفقة للأقارب الفقراء ماعدا الوالدين والأولاد والزوجة كالأخوة والأعمام وأولادهم ، وإنما يستحب لكل قريب موسر أن يساعد قريبه المعسر ، لأن كل قرابة تعرت عن ولادة مباشرة كبني العمومة لم يستحق بها نفقة، وقال الإباضية فى قولهم أن الأخ والأخت لا نفقة لهما ، وقول الإمامية أكدوا استحباب النفقة للوارث [2] .

---

(1) يراجع : شرح فتح القدير 4/ 418 ، 419 ، المحلى 9 / 278 ، فقه الإمام جعفر الصادق 5/ 330 الروضة الندية 2 / 84 .

(2) يراجع : حاشية الدسوقى 2/ 522 ، مسالك الدلالة 215 ، المعونة 1 / 640 ، مغنى المحتاج 3 / 569 ، الميزان الشعرانية 2 / 194 ، حاشيتى قليوبى وعميرة 4/ 84 ، البحر الزخار 4/ 280 ،

القول الثانى : ذهب إليه" الحنفية ، والحنابلة ، والظاهرية ، وقول عند الزيدية ، وقول عند الإباضية " ، إلى أن النفقة واجبة للقريب المعسر العاجز عن الكسب كبيرا أو صغير ذكرا أو أنثى مادامو من ذوى الأرحام كالأخوة ، والأخوال ، والأعمام ، وأبناء الأخوة ، والعمات والخالات .

ألا أن الأحناف قالوا : تجب لكل قريب ذى رحم محرم أى لا يحل نكاحة على التأبيد كالعم والخال ، وابن الأخ ، ولا تجب لغير ذى رحم محرم كالأخ من الرضاع ، أو غير محرم كأبناء الأعمام ، وأطلق الحنفية الوجوب لكل وارث بفرض أو تعصيب كالأخ والعم ، ولا تجب لذوى الأرحام ، لأن قرابتهم ضعيفة كبنت العم ، والعمة ، والخال .

وقال ابن القيم : تجب لذوى الأرحام .

وقال الظاهرية : تجب للقريب ذى الرحم المحرم الوارث ، وقال الإباضية لا تجب إلا للوارث [1] .

الأدلـــة

أدلة أصحاب القول الأول :

استدل أصحاب القول الأول على ما ذهبوا إليه من عدم وجوب نفقة الأقارب غير الأصول والفروع بما يلى :

1 – ما روى عن أبى هريرة " رضى الله عنه " قال : قال رسول الله " صلى الله عليه وسلم " تصدقوا : قال رجل عندى دينار قال : تصدق به على نفسك ، قال: عندى دينار آخر ، قال تصدق به على زوجتك ، قال : عندى دينار

السيل الجرار 2 / 454 ، شرائع الإسلام 2 / 352 ، فقه الإمام جعفر 5/ 329 ، شرح كتاب النيل 13/ 623 ، 14/ 13 .

(1) يراجع : الهداية وشرح العناية بهامش شرح فتح القدير 4/ 419 ، بدائع الصنائع 4/ 44 ، كشاف القناع 5 / 481 ، العدة 449 ، المغنى11/ 238 ، 243 ، المحلى 9 / 266 ، البحر الزخار 4/ 280 ، السيل الجرار 2/ 454 ، النيل 623/13 ، 13/14 ، زاد المعاد 4/ 241 .

آخر قال : تصدق به على ولدك ، قال: عندى دينار آخر ، قال : تصدق به على خادمك ، قال : عندى دينار آخر ، قال : أنت أبصر به " [1] .

وجه الدلالة من هذا الحديث :

يدل هذا الحديث على أن النفقة على ذوى الأرحام غير واجبة ولو كانت واجبة لذكرها الرسول " صلى الله عليه وسلم " ، حيث بين فى هذا الحديث أسباب النفقة وهى الزوجية، والولادة والملك ، ولم يذكر ذوى الأرحام [2] .

2 – كل من قبلت شهادته له لم تجب النفقة عليه كالأجانب،والوالد والولد عكس ذلك.

3 – ذوى الأرحام لا تمنع دفع الزكاة لهم فلم تجب لهم النفقة [3]0

أدلة أصحاب القول الثانى :

استدل أصحاب القول الثانى على ما ذهبوا إليه من وجوب نفقة القريب المعسر على قريبة الموسر وذلك بما يلى :

1 – قول الله تعالى : ﴿ **وآت ذى القرى حقه** ﴾ [4] وقوله تعالى : ﴿ **وبالوالدين إحسانا وبذى القربى ....** ﴾ [5] وقوله تعالى : ﴿ **وعلى الوارث مثل ذلك ...** ﴾ [6]، وقوله تعالى : ﴿ **وأولوا الأرحام بعضهم أولى ببعض فى كتاب الله ...** ﴾ [7].

2 – قول الرسول – صلى الله عليه وسلم – لمن سأله من أبر ، قال : أمك وأباك وأختك وأخاك ، ومولاك الذى يلى ذلك حقّ واجب ورحم موصولة . " وفى رواية النسائى :" إبدأ بمن تعول أمك وأباك وأختك وأخاك ثم أدناك أدناك " [1] .

---

(1) الحديث سبق تخريجه ص : 265

(2) يراجع : سبل السلام 13/ 226 ، نيل الأوطار 6 / 381 .

(3) يراجع : مسالك الدلالة 215 ، المعونة 1/ 640 ، مغنى المحتاج 3 / 569 .

(4) جزء من الآية رقم 26 من سورة الإسراء .

(5) جزء من الآية رقم 36 من سورة النساء .

(6) جزء من الآية رقم 233 من سوْرة البقرة .

(7) جزء من الآية رقم 75 من سورة الأنفال .

وجه الدلالة من هذه الآيات والحديث :

تفيد وتدل هذه الآيات والحديث الشريف على وجوب الانفاق على القريب العاجز المعسر ، وأن لذى القربى حقا واجبا ، والإنفاق على القريب العاجز حق واجب ليس فوقه أوجب منه ، فجعل الله حق ذى القربى يلى حق الوالدين ، ولقد جعل النفقة على غير المولود له لمن يستحق الإرث من الأقرباء ، وأولوا الأرحام أولى من غيرهم فى الإنفاق [2].

القول الراجح :

أرى أن القول الثانى هو أرجح ، لأنه ألصق بقواعد الشريعة ومبادئها فالغرم بالغنم وما دام القريب وارثا يتكلف بالإنفاق على من يرثه ، ولو كان من ذوى الأرحام ، أو رحما غير محرم من غير تفرقه بين رحم محرم أو رحم غير محرم ، أو بين عصبة وبين ذوى الأرحام، فإن قيل : أن المقصود من قوله تعالى : ﴿ وعلى الوارث مثل ذلك ﴾ نفي المضارة ولا يقصد النفقة .

فالجواب عن ذلك: أن المقصود هو النفقة والكسوة لا نفى المضارة ، وهو مروى عن عمر بن الخطاب وزيد بن ثابت وجماعة من التابعين ، حيث ثبت أن عمر حبس أبناء عم ولد صغير للنفقة عليه . وظاهر الآية يقتضى وجوب النفقة والكسوة على كل وارث إلا ما خص وقيد بدليل .

ولقد قال ابن القيم : إذا لم يكن ذلك حق النفقة فلا ندرى أى حق هو ؟ ومنع النفقة رغم اليسار يؤدى إلى قطيعة الرحم ، ومن أعظم الإساءة أن يرى قريبه

---

(1) الحديث أخرجه أبو داود فى كتاب الأدب 4 / 338 ح / 5140 عن كليب بن منفعة عن جده وأحمد فى المسند 2 / 226 ، 391 ، 5/ 5 . والنسائى 5 / 61 ، عن طارق المحاربيى، وقال الشوكانى الحديث أخرجه ابن حبان والدراقطنى وصححاه ، نيل الأوطار 6/ 387 ، ح / 2981 . 2982 .

(2) يراجع : الجامع لأحكام القرآن للقرطبى 252/10، أحكام القرآن لابن العربى 189/3 ، نيل الأوطار 6 / 381 ، 388 ، شرح فتح القدير 4/ 420 ، المحلى 9 / 27 .

يموت جوعا ووعريا وهو قادر على سد خلته وستر عورته ، ولا يطعمه ولا يستر له عورة ، فلذا كان القول بوجوب النفقة أولى بالإتباع [1].

ب – شروط وجوب نفقة الحواشى وذوو الأرحام :

لقد اشترط جمهور الفقهاء القائلين بوجوب النفقة على الأقارب من غير الأصول والفروع شروطا لابد من توافرها حتى تجب النفقة لهؤلاء الأقارب وهذه الشروط هى :

أ – أن يكون القريب فقيرا معسرا عاجزا عن الكسب ذا رجم محرم [2]:

فإذا كان القريب ذا رحم محرم فقيرا معسرا عاجزا عن الكسب لصغر أو أنوثة أو مرض، أو تعليم، فإنه تجب لــه النفقة ، لأن الصلة فى القرابة القريبة واجبة دون البعيدة والفاصل أن يكون ذا رحم محرم .

فإذا كان القريب فقيرا ولكنه قادر على الكسب فإنه يجبر على التكسب لينفق على نفسه ولا نفقة له على قريبه ، لأنه غنى بكسبه فلا تجب نفقته على أحد ، وقدرته على الكسب تتحقق بصحة البدن بعد البلوغ [3] .

ب – أن يكون المنفق موسرا :

فإذا كان المنفق موسرا وقريبه معسرا غير قادر على الكسب فتجب نفقته عليه ، أما إذا كان معسرا فلا تجب نفقته عليه ، ولو كان قادرا على الكسب فلا يجبر على التكسب لينفق على قريبه من الحواشى أو ذوى الأرحام ، لأن هذه النفقة وجبت

---

(1) يراجع : بدائع الصنائع 4 / 45 ، الهداية بهامش شرح فتح القدير 4/ 421 ، المغنى 11/ 244 ومابعدها ، زاد المعاد 4 / 241 ، المحلى 9 / 271 ، 272 ، الأحوال الشخصية فى الشريعة الإسلامية د / عبد العزيز عامر 435 ط : دار الفكر العربى .

(2) ذو الأرحام الأقارب الذين ليسوا من العصبة ولا من ذوى الفروض كبنات الإخوة وبنات الأعمام . يراجع : المعجم الوسيط 359 ، لجامع لأحكام القرآن للقرطبى 59/8 ، 60 ، التعريفات للجرجانى 145

(3) يراجع : الهداية بهامش شرح فتح القدير 4/ 419 – 420 ، بدائع الصنائع 4/ 49 ، 50 ، كشاف القناع 5 / 484 ، المغنى 11/ 234 – 235 ، السيل الجرار 2 / 454 ، البحر الزخار 280/4 ، شرائع الإسلام 2/ 352 .

بطريق الصلة ، والصلة تجب على الغني لا على الفقير ، وهو يستحقها على غيره فكيف تستحق عليه [1].

فإذا كان المنفق واحدا وله قريب معسر فتجب نفقته عليه وحده حتى ولو لم يكن وارثا ، أما إذا كان الفقير المعسر المستحق للنفقة له أقارب متعددين ، فاختلف الفقهاء فى كيفية توزيع النفقة عليهم :

فقيل : توزع على حسب الإرث ، وقيل : إن تفاوتوا فى درجة القرابة وجبت النفقة على الأقرب ولو لم يكن وارثا ، وإن تساووا فى القرابة فقيل: تجب عليهم بالتساوى أي على عدد الرؤوس ، وقيل : تكون النفقة على الموسرين فقط ، وقيل : على حسب الميراث [2].

جـ - اتحاد الدين مع القريب المنفق :

فلا تجب النفقة على القريب لقريبه إذا كانا مختلفين فى الدين ، لأنه لا توارث بينهما ، ولأن وجوب النفقة مبنى على استحقاق الإرث ، والإرث منقطع فيما بينهم ولابد من اعتباره [3].

د - الطلب والخصومة :

لقد اشترط الفقهاء أن يطلب القريب الفقير الذى تجب له النفقة بين يدى القاضى النفقة من قريبه الموسر ، فلا تجب بدون طلب ، لأنها لا تجب بدون قضاء

---

(1) يراجع : المراجع السابقة ، الاختيار 3 / 169 ، الروض المربع 522.

(2) يراجع : بدائع الصنائع 4/ 45 ، 46 ، شرح العناية على الهداية بهامش فتح القدير 4/ 420 421 حاشية الدسوقى والشرح الكبير 2 / 523 ، 524 ، بلغة السالك مع الشرح الصغير 1/ 488 ، 489 ، مغنى المحتاج 3 / 574 ، الوجيز للغزالى 339 ، حاشية البجيرمى 4 / 450 ، المغنى 11/ 246 وما بعدها ، الروض المربع 522 ، الحلى 9 / 269 ، 277 ، السيل الجرار 2 / 454 ، الفقه الإسلامى وأدلته للزحيلى 7 / 839 وما بعدها.

(3) يراجع : الهداية بهامش شرح فتح القدير 4/ 422 ، بدائع الصنائع 4/ 52 ، كشاف القناع 5/ 484 المغنى 236/11 ، البحر الزخار 4/ 280 ، السيل الجرار 2/ 454.

القاضى، والقضاء لابد له من الطلب والخصومة، لأن النفقة وجوبها ليس من طريق الإحياء لانعدام معنى الجزئية [1] .

جـ- ما تشمله النفقة الواجبة للأقارب من غير الأصول والفروع ومقدارها :

النفقة إذا وجبت للقريب فتكون لكل ما يحتاج إليه من الخبز والأدم والكسوة وغير ذلك على حسب حال المنفق ، وبقدر العادة أو عوائد البلاد كنفقة الزوجة ، أو الأصول والفروع ، فإن احتاج إلى خادم فعلى المنفق إخدامه أيضا ، لأنه من تمام كفايته ، وأيضا من النفقة الواجبة أجرة الطبيب وثمن الدواء ، وقال بعض الحنفية والحنابلة : لا تجب أجرة الطبيب وثمن الدواء وقال الحنابلة : يجب تزويجه إن احتاج إليه .

وهذه النفقة كغيرها غير مقدرة بمقادير معينة ، وإنما تجب بقدر الكفاية ، لأنها تجب للحاجة فقدرت بها ، ولو سرقت أو ضاعت أو هلكت النفقة قبل أن تسد حاجته ، فعلى القريب نفقة أخرى ، لأن الحاجة لم تسد وعليه سد الحاجة [2].

بقى أن أشير إلى أن الفقهاء قد اختلفوا فى حد اليسار الذى يتعلق به وجوب النفقة وكذلك حد الإعسار الذى يستحق به النفقة :

فالموسر تجب عليه النفقة للمعسر :

والموسر الذى يتعلق به وجوب النفقة : قيل هو أن يملك نصاب الزكاة أو ما يحرم عليه به أخذ الزكاة فاضل عن حوائجه الأصلية ، ونصاب الزكاة : عشرون دينارا من الذهب أو مائتا درهم من الفضة ، ويقدر في العصر الحاضر (85) جراما من الذهب عيار 21 أو " 616 " جراما من الفضة .

---

(1) يراجع : بدائع الصنائع 50/4 ، 53 ، كشاف القناع 5/ 484 ، الشرح الكبير بهامش المغنى 11/ 273 ، المحلى 9 / 273.

(2) يراجع : بدائع الصنائع 4/ 54 ، 55 ، شرح فتح القدير 4/ 425 ، مسالك الدلالة 215 ، الشرح الكبير بهامش حاشية الدسوقى 2/ 522، 523 ، المغنى 11/ 242 ، 252 ، كشاف القناع 5/ 477 ، 486 ، المحلى 9 / 266 ، البحر الزخار 4/ 280.

فمن وجبت عليه الزكاة وجب عليه الإنفاق على قريبه المعسر بشرط أن يكون هذا المال فاضلا عن نفقته ونفقة من يعول وحاجته الضرورية ، وقيل : يعتبر موسرا من له نفقة شهر وعنده فضل ، وقيل : يجب الإنفاق على القريب بفاضل قوته وقوت عياله فى يومه وليلته التى تليه .

والمعسر الذى يستحق النفقة : قيل : الذى يحل له أخذ الصدقة ولا تجب عليه الزكاة وقيل: المحتاج الفقير الذى لا مال له ، ولو كان يملك منزلا قيل : يباع ويكرى أخر ولا يستحق نفقة، وقيل : لا يباع ، وقيل : يبيع البعض وينفق الفضل على نفسه ، ويبيع النفيس ويشترى الأوكس وينفق الفضل [1] .

ثالثا : السبب الثالث من أسباب وجوب النفقة الملك :

رأيت تتميما لفائدة هذا المبحث أن أذكر فى إلمامه سريعة موقف الفقه الإسلامى من النفقة على الأرقاء [2] أو الخدم ، وكذلك الحيوانات المملوكة للإنسان ، والزروع والثمار والأشجار، والعقارات من مبانى وأراضى ، حتى تعم الفائدة وذلك بإعطاء صورة واضحة عن أحكام النفقات والأسباب الموجبة لها فى الإسلام.

فواجب الانفاق يشمل أيضا فوق النفقة على الزوجة، والفروع، والأصول والأقارب من غيرهما : كل ما يتبع الإنسان من رقيق ، وحيوان ، ونبات وزروع ، ودور وأراضى ، وذلك منعا من ضياع المال وتلفه لأن ذلك حرام .

---

(1) يراجع : الهداية وشروحها 4/ 422، 423 ، الاختيار 3/ 169 ، بدائع الصنائع 4/ 49، 51 حاشية الدسوقى 2 / 522 ، الجلال المحلى وحاشيتى قليوبى وعميرة 4/ 84 ، 85 ، المغنى 11/ 235 ، الروض المربع 522 ، البحر الزخار 4/ 280 ، السيل الجرار 2 / 454 ، الفقه الإسلامى وأدلته للزحيلى 7/ 772 ، 773 ، الأحوال الشخصية د / عبد العزيز عامر 507 ، 508 ، الفتح المبين فى حل رموز ومصطلحات الفقهاء والأصوليين د / محمد الحفناوى 207 .

(2) الأرقاء لغة : جمع رقيق ، والرقيق المملوك : والرق : العبودية . ويطلق على الذكر والأنثى فيقال عبد رقيق . وليس فى الرقيق صدقة ، أى فى عبيد الخدمة . واصطلاحا : عبارة عن عجز حكمى شرع فى الأصل جزاء عن الكفر . يراجع : مختار الصحاح 130، المصباح المنير 143 ، المعجم الوسيط 390 ، التعريفات للجرجانى 148 .

وأوضح ذلك فيما يلى :

أولا : نفقة الرقيق :

كان الرق أمرا شائعا عند ظهور الإسلام لدى كل الأمم وأبناء الديانات فى مختلف البلاد حتى ألغى أخيرا فى القرن التاسع عشر .

ولقد وضع الإسلام قواعد جذرية لتحرير الأرقاء ورفع مستواهم ، ورد كرامتهم الإنسانية إليهم ومعاملتهم كالأحرار فى التعليم والمعاملة وسائر الحقوق ، إلا فى بعض الحالات حيث اقتضت المصلحة العامة سلب ولايتهم ، ومع ذلك لم يكل أمرهم إلى تحكم أسيادهم ليسيئوا معاملتهم كيف يشاؤون حيث إن نفقة الأرقاء هى ذات الأحكام التى تتعلق بنفقة الأحرار الفقراء .

وهذا الموقف العظيم الذى وقفه الإسلام مع الأرقاء أن اختلطوا بالأسر المسلمة الحرة وأصبحوا جزءا منها [1] وفيما يلي بيان مشروعية نفقة الرقيق ، وشروطها وما تشمله النفقة ومقدارها :

أ – مشروعية نفقة الرقيق :

اتفق الفقهاء على أن النفقة على الأرقاء ومن فى حكمهم من الخدم واجبة [2].

ولقد ثبتت مشروعية النفقة على الأرقاء بالكتاب، والسنة ، والإجماع ، والمعقول:

من الكتـــــاب : قول الله تعالى : ﴿ واعبدوا الله ولا تشركوا به شيئا وبالوالدين إحسانا وبذى القربى واليتامى والمساكين والجار ذى القربى والجار الجنب والصاحب بالجنب وابن السبيل وما ملكت أيمانكم .... ﴾ [3] .

---

(1) **يراجع : شرح قانون الأحول الشخصية د / مصطفى السباعى 1 / 315 ، 316 .**

(2) يراجع : بدائع الصنائع 4/ 56 ، 57 ، الهداية وشرح فتح القدير 4/ 426 ، حاشية الدسوقى والشرح الكبير 2 / 522 ، مسالك الدلالة 215 ، الوجيز للغزالى 341، مغنى المحتاج 3/ 586 العدة 450 ، كشاف القناع 5/ 488 ، المحلى 261/9 ، البحر الزخار 4/ 283 ، شرائع الإسلام 2 / 352 ، شرح كتاب النيل 14/ 11 .

(3) جزء من الآية رقم 36 من سورة النساء .

وجه الدلالة من الآية الكريمة :

أن قول الله تعالى:﴿ وما ملكت أيمانكم ﴾ معطوف على قوله تعالى**﴿ وبالوالدين إحسانا ﴾** فلقد أمر الله بالإحسان إلى المماليك ، ومطلق الأمر يحمل على الوجوب ، والإنفاق عليهم إحسان بهم ، فكان واجبا ، فلذا كان الأمر بالإحسان أمرا بالنفقة وتوسيعها عليهم [1] .

من السنة :

1 – ما روى عن أبى هريرة – رضى الله عنه – عن رسول الله " صلى الله عليه وسلم " – أنه قال : (للمملوك طعامه وكسوته ولا يكلف من العمل ما لا يطيق)[2].

2 – ما روى عن الرسول " صلى الله عليه وسلم " من حديث أبى ذر الغفارى[3] أنه قال : (هم إخوانكم وخولكم جعلهم الله تحت أيديكم فمن كان أخوه تحت يده فليطعمه مما يأكل وليلبسه مما يلبس ولا تكلفوهم ما يغلبهم ، فإن كلفتموهم فأعينوهم عليه " [4] .

---

(1) يراجع : الجامع لأحكام القرآن للقرطبى 5 / 194 .

(2) الحديث صحيح أخرجه مسلم فى كتاب الأيمان 11 / 290 ، 291 حديث رقم ح/1662 ومالك فى الموطأ 2/ 278 ، ح / 179 باب الرفق بالمملوك وأحمد فى المسند 2/ 247، 343 345 .

(3) أبو ذر الغفارى هو : جندب بن جناده بن سفيان بن كنانة بن مضر بن عدنان صحابى جليل ، روى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم مائتا حديث وأحد وثمانون حديثا ، اتفق البخارى ومسلم على اثنى عشر حديثا وانفرد البخارى بحديثين ومسلم بسبعة عشر حديثا ، وروى عنه ابن عباس وأنس بن مالك كان زاهدا متقالا ، توفى سنة 32 هـ " رحمه الله تعالى" ... يراجع : شذرات الذهب 1/ 39 ، تهذيب الأسماء واللغات 2 / 512 ، 513 .

(4) الحديث صحيح أخرجه البخارى فى كتاب العتق 5/ 211 ، 212 ح / 2545 ط : دار الحديث ومسلم فى كتاب الإيمان 11 / 290 ح / 1661 ، أبو داود فى الأدب 4/ 342 ح / 5158 ، وابن ماجه فى كتاب الأدب 2/ 1216 ، 1217 ، ح / 3690 وأحمد فى المسند 5/ 161 .

وجه الدلالة من هذين الحديثين :

يدل هذان الحديثان على أن نفقة المملوك من إطعام وكسوة وغير ذلك مما يحتاج إليه واجبة على سيده [1] .

من الإجمـــــاع :

أجمعت الأمة على أن نفقة المملوك واجبة على سيده ولم يخالف فى ذلك إلا الشعبى [2] ولا يعتد بقول من خالف الإجماع [3] .

من المعقول :

أن الرقيق عبد مملوك لمولاه لا يقدر على شيء ، فلو لم تجعل نفقته على مولاه لهلك لأنه مشغول بخدمته محبوس فى ملكه فيجب الإنفاق عليه لئلا يهلك جوعا ، ولأن النفقة وجبت بسبب الملك فهو مختص به فالمنفعة له وعليه المؤنة [4].

ب – شروط وجوب نفقة الرقيق :

لقد اتفق الفقهاء على أنه يشترط لوجوب نفقة الرقيق أن يكون مملوك المنافع والمكاسب كالقن[1] والمدبر[2] ، أما لو كان مكاتبا [3]، فلا نفقة له على سيده ، لأنه

---

(1) يراجع : شرح النووى على صحيح مسلم 290/11 ، 291 ، نيل الأوطار للشوكانى 7 / 6 .

(2) الشعبى هو : عامر بن شراحيل الحميرى الشعبى أبو عمرو الكوفى ولد لست سنين خلت من خلافة عمر ، من التابعين ، إمام علم ، روى عن عمر ، وعلى، وابن مسعود ، ولم يسمع منهم ، وأبو هريرة وعائشة وغيرهم ، وقال أدركت خمسمائة من الصحابة ، وروى عنه ابن سيرين ، والأعمش وغيرهما " رحمه الله تعالى" سنة 103 هـــ . يراجع : خلاصة تهذيب الكمال 2 / 22 ، حلية الأولياء 4/ 310 وما بعدها .

(3) يراجع : بدائع الصنائع 4 / 56 ، 57 ، مسالك الدلالة 215 ، الوجيز للغزالى 341 ، العدة 450 المحلى 9 / 261 ، البحر الزخار 4/ 283 ، شرائع الإسلام 2 / 352 ، النيل 14/ 11 . نيل الأوطار 7 / 6 .

(4) يراجع : بدائع الصنائع 4 / 56 ، 57 ، الاختيار 3/ 170 ، 171 ، الهداية وشرح فتح القدير 4 / 426 ، بلغة السالك 1/ 487 ، الشرح الكبير وحاشية الدسوقى 2/ 522، مغنى المحتاج 3 / 586 . كشاف القناع 5/ 488 ، المحلى 9 / 261 ، البحر الزخار 4/ 283 .

أحق بكسبه من سيده ، كذلك يشترط أن يطلب الخصومة فى ذلك إذا امتنع سيده من الإنفاق عليه [4] .

جـ - ما تشمله النفقة على الرقيق ومقدارها :

لقد اتفق الفقهاء على أنه يجب على السيد نفقة رقيقة من إطعام ولباس وسكنى بالمعروف بحسب البلدان والأشخاص سواء كان ذلك من جنس نفقة السيد أو دونه أو فوقة وأن يكون ذلك فى حدود ما يكفيه كنفقة الأقارب فيلبسه مما يعتاد أمثاله لبسه فى بلده . ولقد ذهب جمهور الفقهاء إلى أنه يستحب للسيد أن يلبس عبده مما يلبس هو ويطعمه مما يطعم وقال البعض : يجب ذلك لقوله - صلى الله عليه وسلم - فى حديث أبى ذر السابق " فليطعمه مما يأكل وليلبسه مما يلبس " [5] ويستحب أن يجلسه معه للطعام ، وإلا وجب أن يطعمه منه لقوله - صلى الله عليه وسلم - " إذا أتى أحدكم خادمه بطعام فإن لم يجلسه معه فليناوله لقمة أو لقمتين [6] ويلزمه نفقة عبده إذا مرض من أجرة طبيب وثمن دواء وكل ما يحتاج إليه فى مرضه

---

(1) القن : العبد الذى كان أبوه مملوكا لمواليه ، وهو خالص العبودة ، أما من يغلب عليه ويستعبد فهو عبد مملكة ، ويطلق بلفظ واحد للمذكر ، والمؤنث ، والمفرد ، والجمع : يراجع : المصباح المنير 308 ، المعجم الوسيط 798 .

(2) المدبر : مأخوذ من التدبير وهو لغة : النظر فى عواقب الأمور ، وشرعا : تعليق عتق بالموت الذى هو دبر الحياة . يراجع : تهذيب الأسماء واللغات 3/ 98 ، المصباح المنير 115 ، الجلال المحلى 4/ 358 ، مغنى المحتاج 4 / 645 .

(3) المكاتب مأخوذ من الكتابة وهو لغة : الضم والجمع يقال : كاتبت العبد مكاتبه وكتابا ، لأنه يكتب للعبد على سيدة كتابا بالعتق ، وشرعا : عقد عتق بلفظها منجم بنجمين أو أكثر . يراجع : المصباح المنير 312 ، تهذيب الأسماء واللغات 3/ 288 ، مغنى المحتاج 4/ 653 ، حاشية قليوبى 4 / 362 .

(4) يراجع : الاختيار 3 / 170 ، 171 ، شرح فتح القدير 4/ 426 ، جاشية الدسوقى 2 / 522 مغنى المحتاج 3 / 586 ، كشاف القناع 5/ 488 ، المحلى 9 / 261 ، البحر الزخار 4/ 283 .

(5) الحديث سبق تخريجه ص : 276 .

(6) الحديث صحيح أخرجه البخارى فى العتق 5 / 220 ح / 2557 ، ومسلم فى الإيمان 11/ 291 ح / 1663 ، أبو داود فى الأطعمة 3 / 364 ، 365 ح / 3846 ، ابن ماجه فى الأطعمة 2 / 1094 ، ح / 3289 ، 3290 ، والترمذى 4 / 286 ، ح / 1853 ، أحمد فى المسند 2/ 277 .

وكذلك يزوجه إذا احتاج لقوله تعالى : ﴿ وأنكحوا الأيامى منكم والصالحين من عبادكم وإمائكم .... ﴾ [1] ، ويستحب المساواة بين أرقائه في النفقة ويراعى حال السيد فلا يكلف ما لا يطيق [2] .

ثانياً : نفقة الحيوان :

لقد أجمع الفقهاء على وجوب الرفق بالحيوان وحرمة ظلمه وتعذيبه .

وذهب الجمهور إلى أن النفقة على الحيوانات من البهائم والطيور واجبة على مالكها ديانة وقضاءا ، بينما يرى أبو حنيفة أن النفقة واجبة ديانة لا قضاءا ، لأن الحيوان ليس أهلا للخصومة حتى يحكم له القاضي بالنفقة .

وقال الجمهو ر: إن الحيوان مخلوق ذو روح محترم يجب حفظه كالأدمي ، ولقد قال الكمال ابن الهمام [3] : الحق ما عليه الجماعة ، لأن غاية ما فيه أن يتصور دعوى الحسبة

فيجبره القاضي على النفقة لتركه ما هو واجب [4] .

---

(1) جزء من الآية رقم 32 من سورة النور .

(2) يراجع : بدائع الصنائع 4 / 56 57 ، مسالك الدلالة 215 ، بلغة السالك 1 / 487 ، حاشية البجيرمي 4/ 458، المغني 11/ 314 ، المحلى 19/ 262 ، مسألة 1927 ، السيل الجرار 2 / 454 ، 460 ، شرائع الإسلام 2 / 352، النيل 14/ 11 .

(3) الكمال بن الهمام هو : محمد بن عبد الواحد بن عبد الحميد بن مسعود السيواسي السكندري . المعروف بابن الهمام، ولد سنة 790 هـ حنفي ، عارف بأصول الدين ، والتفسير والفقه ، والحساب . واللغة ، كان إماما فارسا في البحث، وأخذ عنه شمس الدين محمد الشهير بابن أمير الحلبي . له تصانيف مقبولة معتبرة منها : فتح القدير ، والتحرير في الأصول ، وغيرهما ، توفي رحمة الله تعالى سنة 681هـ . يراجع : الفوائد البهية 180، 181 ، الأعلام 6/ 255.

(4) يراجع : بدائع الصنائع 4/ 57 ، الهداية وشروحها 4/ 427 ، 428 ، الشرح الكبير وحشية الدسوقي 2 / 522 ، مغني المحتاج 3 / 589 . كشاف القناع 5/ 493 ، 494 . المغني 11/ 319 وما بعدها . المحلى 9 / 264 ، البحر الزخار 4 / 283 ، 284 ، شرائع الإسلام 2 / 352 شرح كتاب النيل 11/14 .

أ – مشروعية النفقة على الحيوان :

ولقد ثبتت مشروعية الإنفاق على الحيوان بأحاديث كثيرة تفيد وجوب الرفق بالحيوان ومنع ظلمه وتعذيبه منها :

1 – ما روى عن عبد الله بن عمر "رضى الله عنه " – أن النبى – صلى الله عليه وسلم – قال : عذبت امرأة فى هرة حبستها حتى ماتت جوعا ، فلا هى أطعمتها ولا هى تركتها تأكل من خشاش الأرض " أى من هوامها وحشراتها" [1].

2 – ما روى عن عبد الله بن عمر قال : قال رسول الله – صلى الله عليه وسلم – كفى بالمرء إثما أن يضيع من يعول أو أن يحبس عما يملك قوتهم) [2].

3 – ما روى عن سهل بن الحنظلية [3] " رضى الله عنه " قال (مر رسول الله " صلى الله عليه وسلم " ببعير قد لصق ظهره ببطنه فقال : اتقوا الله فى هذه البهائم المعجمة فاركبوها صالحة وكلوها صالحة) [4].

4 – ما روى عن عبد الله بن جعفر[5] " رضي الله عنه " أن النبى – صلى الله عليه وسلم– دخل بستانا لرجل من الأنصار فإذا فيه جمل ، فلما رأى النبى– صلى

(1) الحديث صحيح أخرجه البخارى 290/13 ، 292 ح / 3318 ، ط : الكليات الأزهرية ، مسلم 14/ 374 ح / 2242 ، 2243 ، كتاب السلام باب فضل سقى البهائم المحترمة وإطعامها .

(2) الحديث صحيح أخرجه مسلم 67/7 ح / 996 باب 40 ، أبو داود فى الزكاة 2 / 136 ح / 1692 وابن حبان 6 / 219 ح / 4226 ، 4227 ، أحمد فى المسند 2 / 160 ، الصنعانى فى سبل السلام 3 / 455 ح / 1072 .

(3) سهل بن الحنظلية هو : سهل بن الربيع بن عمرو بن عدى بن زيد الأنصارى كان فاضلا كثير الذكر والصلاة وكان ممن بايع تحت الشجرة ، سكن دمشق ، ومات بها أول خلافة معاوية ، ولا عقب له يراجع : أسد الغابة 2/ 469 . رقم 2286 ، تهذيب الكمال 167/8 رقم 2592 .

(4) الحديث أخرجه أبو داود فى كتاب الجهاد 3/ 23 ح / 2548 .

(5) عبد الله بن جعفر : هو عبد الله بن جعفر بن أبى طالب أبو جعفر القرشى الهاشمى الصحابى ابن الصحابى ابن الصحابية الجواد بن الجواد ، ولد فى أرض الحبشة فى هجرة المسلمين ، وهو أول مولود ولد فى الإسلام بأرض الحبشة . وأخوه محمد بن أبى بكر ، ويحيى بن على بن أبى طالب أمهما أسماء–

الله عليه وسلم – حن الجمل وزرفت [1] عيناه ، فأتاه رسول الله صلى الله عليه وسلم – فمسح ذفراه [2] فسكت فقال : صلى الله عليه وسلم – من رب هذا الجمل ؟ لمن هذا الجمل ؟ فجاء فتى من الأنصار فقال : هو لى يا رسول الله ، فقال له الرسول – صلى الله عليه وسلم – : أفلا تتقى الله فى هذه البهيمة التى ملكك الله إياها ؟ فإنه شكا إلى أنك تجيعه وتدئبه [3] [4] .

وجه الدلالة من هذه الأحاديث :

تدل هذه الأحاديث على وجوب نفقة الحيوان على مالكه ، لأن تركه جائعا تعذيب له وتضييع للمال بلا فائدة ، وهذه المرأة قد استحقت عذاب الله تعالى من أجل هرة تركت إطعامها ومنعتها من أن تنطلق فتأكل فهذا صريح فى وجوب الإنفاق على البهائم [5] .

=بنت عميس، تزوجها جعفر،ثم أبو بكر،ثم على ، روى عن رسول الله، صلى الله عليه وسلم خمسة وعشرين حديثا ، اتفق على حدثيين ، روى عنه بنوه إسماعيل وإسحاق ومعاوية ، والشعبى وغيرهم تزوج زينب بنت علي بن أبى طالب بنت فاطمة بنت رسول الله – صلى الله عليه وسلم – توفى رحمه الله تعالى سنة 80 هـ وقيل سنة 90 هـ . يراجع : شذرات الذهب 1 / 87 ، تهذيب الأسماء واللغات 1 / 248 ، 249 .

(1) زرفت عيناه : أى دمعت عيناه . يراجع : المصباح المنير 127 .

(2) ذفراه : الذفرى : هو الموضع الذى خلف أذن البعير ، ومن الحيوان والإنسان العظم الشاخص خلف الأذن . يراجع : المعجم الوسيط 336 .

(3) تدئبه : أى تديم عمله وتتعبه فيقال : دأب الدابة ساقها شديد فهى دؤوب ، ودأب فى العمل دأبا : جد فيه ولازمه واعتاده من غير فتور . يراجع : مختار الصحاح 107 . المعجم الوسيط 291 .

(4) الحديث أخرجه أبو داود فى كتاب الجهاد 2 / 23 ، ح / 2549 ؛ أحمد فى المسند 2 / 166 .

(5) يراجع : شرح النووى على صحيح مسلم 14/ 374 ، نيل الأوطار 7 / 8 .

ب – شروط وجوب نفقة الحيوان :

لقد اشترط الفقهاء لوجوب النفقة للحيوان على مالكه : أن يكون هذا الحيوان محترم غير مؤذ ولا ضار ، أما المؤذى والضار ، فلا نفقة له فله أن يقتله أو أن يخلى سبيله [1] .

جـ– ما تشمله النفقة على الحيوان ومقدارها :

يجب على مالك الحيوان نفقته من إطعام وسقى،ولو مرض يجب عليه معالجته ، وذلك على قدر كفاية الحيوان ، وفى حدود وسع مالكه وطاقته ، ولا يأخذ من لبن الحيوان مما يضر بولده وإنما يحلب ما زاد عن شبعه ، وإن احتاج الحيوان إلى لبن فيجب على مالكه أن يشترى له ، لأن النفقة واجبة عليه كنفقة أمه ، ونفقة الطيور كالحيوانات من الدواب [2] .

ثالثا : نفقة النبات والجماد :

أ – نفقة النبات من الزروع والثمار :

ذهب جمهور الفقهاء إلى أنه من كان له زرع أو شجر يحتاج إلى سقى بالماء أو تعهد بالإصلاح . فإنه يجب عليه سقيه وتعهده ، لأن فى ترك السقى والإصلاح إضاعة للمال وهو منهى عنه شرعا ، وقيل : يكره ترك ذلك حتى يهلك الزرع والشجر .

---

(1) يراجع : بدائع الصنائع 4 / 57 ، شرح فتح القدير 4 / 428 ، حاشية الدسوقى 2 / 522 ، مغنى المحتاج 3 / 589 ، كشاف القناع 5 / 493 ، المحلى 9 / 264 ، البحر الزخار 4 / 283 شرائع الإسلام 2 / 352 ، النيل 14/ 11 ، الفقه الإسلامى وأدلته للزحيلى 7 / 763 وما بعدها الأحوال الشخصية د / مصطفى السباعى 1 / 320 .

(2) يراجع : الهداية وشرح فتح القدير 4 / 428 ، بلغة السالك 1 / 487 ، 488 ، الجلال المحلى 4 / 94 ، المغنى 11 / 319 ، وما بعدها ، البحر الزخار 4/ 283 ، السيل الجرار 2 / 454 ، 461 شرائع الإسلام 2 / 352 ، النيل 14/ 11 .

فإذا لم يكن له غنى عن زرعها فيجبر على ذرعها إن استطاع ، أو يعطيها لغيره، بجزء مما يخرج منها ، ولا يترك عالة على المسلمين بإضاعته لماله ، ومعصيته لله عز وجل :

وقد يكون الترك بدون سقى للأشجار جائزا إذا كان فيه مصلحة كترك الأشجار بلا سقى للنضوج ، ولو كان المال لقاصر فيجب على الولى أن يتعهده بالسقى والإصلاح ، لأنه لا يملك إضاعة مال القاصر ، وقال الحنابلة : يستحب الإنفاق على المال غير الحيوان [1] .

ب – نفقة الجماد من الدور والأراضى :

لقد ذهب جمهور الفقهاء إلى أنه يجب على مالك الدور والأراضى إصلاحها وتعميرها لما فى ترك ذلك من إضاعة للمال ، ولو كانت لقاصر فيحب على الولى الإصلاح والتعمير.

وإن كان العقار ملكا مشتركا ولا يقبل القسمة فنفقته واجبة على الشركاء ، ويجبر الممتنع على الإنفاق إحياءاً لحق الشريك وإلا أنفق ورجع على شريكه .

وقال الحنفية : لا يجبر ولكن يكره ذلك لما فيه من تضييع للمال .

وقال الشافعية : عمارة الدور والعقار ليست بواجبة ولا يكره إلا إذا أدى تركها إلى الخراب فيكره [2] .

---

(1) يراجع : بدائع الصنائع 4 / 58 ، شرح العناية على الهداية 4 / 427 ، الوجيز للغزالى 342 الجلال المحلى وقليوبى 4 / 94 ، 95 ، حاشية البجيرمي 4/ 462 ، المغنى 11/ 319 . الروض المربع 525 ، المحلى 9/ 265 ، البحر الزخار 4/ 283 ، 284 ، نيل الأوطار 7/ 8 . الفقه الإسلامى للزحيلى 7 / 763 – 764 . شرح قانون الأحوال الشخصية د / مصطفى السباعى 1 / 323 . 324 .

(2) يراجع : بدائع الصنائع 4 / 58 ، شرح فتح القدير 4 / 428 . مغنى المحتاج 3/ 591 ، الجلال المحلى حاشية قليوبى 4 / 94 / 95 ، الروض المربع 525 ، المغنى 11/ 319 . الفقه الإسلامى وأدلته للزحيلى 7 / 763 ، 764 ، الأحوال الشخصية د / مصطفى السباعى 1 / 324 .

ودليل ذلك كله نهيه " صلى الله عليه وسلم " عن قيل وقال وكثرة السؤال وإضاعة المـــال....... " [1].

(1) الحديث أخرجه البخارى عن المغيرة بن شعبة . يراجع : فتح البارى 5 / 85 ، ح / 2408 كتاب الاستقراض ، أحمد في المسند 4 / 250 ، 251 .

الفرع الثانى
تعريف النفقة وأسبابها فى القانون الوضعى

تمهيد :

الأسرة أساس المجتمع لأنه يتكون من مجموعة من الأسر يرتبط بعضها ببعض ويقوى المجتمع ويضعف بقدر تماسك الأسر التى يتكون منها أو انفصامها .

وكلما قويت الأسرة اشتد ساعد المجتمع ، وإذا تفرقت وانحلت روابطها تدهورت الأمة ، وإذا كانت شريعة الإسلام تعلو كل الشرائع ، لأنها من الله ، وإذا كانت قواعدها وأصولها قد قطعت فى أمور رأت أنها ثابتة لا تتغير ، فإنها فى أمور أخرى وضعت ضوابطا عامة تدور فى نطاقها الأحكام وفقا لتطور الأزمان وتغاير الأحداث ، وأناطت بولى أمر المسلمين أن يشرع لهم فى نطاق أصول الشريعة مما يصلح به حالهم وتستقيم معه حياتهم [1].

ولقد مر قانون الأحوال الشخصية الخاص بتنظيم مسائل الأسرة فى مصر ، والمستمد من المذاهب الفقهية بتطور تشريعى ، حيث صدر القانون رقم 25 لسنة 1920 والخاص بأحكام النفقة وبعض مسائل الأحوال الشخصية ، والمرسوم بقانون رقم 25 لسنة 1929 والمرسوم بقانون رقم 78 لسنة 1931 ، والقانون رقم 131 لسنة 1948 ، والقانون رقم 13 لسنة 1968 ، والقانون رقم 62 لسنة 1976 ، والقانون رقم 49 لسنة 1977 ، والقرار بقانون رقم 44 لسنة 1979 " وحكمت المحكمة الدستورية العليا بعدم دستورية فى 5/16/ 1985م ثم صدر القانون رقم 100 لسنة 1985م ، والقانون 1 لسنة 2000 م .

---

(1) يراجع : أحكام الأحوال الشخصية للمسلمين محمد حامد قمحاوي ، السيد عمر عبد الله 652 ، 653 ط : 1986 – دار المطبوعات الجامعية ، الإسكندرية .

وفى ضوء هذه القوانين أوضح موقف المشرع الوضعى من تعريف النفقة وبيان أسبابها :

أولا : تعريف النفقة :

لم يتناول المشرع الوضعى فى قانون الأحوال الشخصية وضع تعريف محدد للنفقة ، وإنما جاء فى نص المادة 174 من مشروع القانون الموحد أن النفقة تشمل: " الطعام والكسوة والسكن وما يلزم العلاج الضرورى والتعليم ، وذلك كله فى حدود المناسب لمثل من وجبت له النفقة مع مراعاة قدرة من وجبت عليه " .

ونصت الفقرة (جـ) من المادة الأولى من القانون 25 لسنة 1920، والمعدلة بالمادة 18 مكرر ثانيا من القانون 100 لسنة 1985 على أن النفقة تشمل الغذاء والكسوة والمسكن ومصاريف العلاج وغير ذلك مما يقضى به العرف .

ثانيا : أسباب النفقة :

إن من أسباب النفقة الواجبة التى نص عليها قانون الأحوال الشخصية – الزوجية والقرابة ، فكل إنسان تجب نفقته فى ماله إلا الزوجة فنقتها على زوجها ، وكذلك نفقة الأقارب تجب مطلقا لسد حاجة القريب ، والأولاد بالنسبة إلى أبائهم يعتبرون جزءا منهم ، وبذلك يطلق على آبائهم كلمة الأصول ، ويطلق عليهم كلمة الفروع ، ومن الحقوق المترتبة على ثبوت النسب نفقة الأولاد فتجب بالقرابة كما تجب بالزوجية .

ووجوبها للقرابة لحاجة القريب من فقر أو عجز وللزوجة من أجل الاحتباس لحق الزوج ونفقة الأقارب غير الأصول والفروع سببها قرابة الرحم والأهلية للميراث [1].

---

(1) يراجع : موسوعة الأحوال الشخصية: معوض عبد التواب 224 ، 456، 545 ط : 1984 نشر : منشأة المعارف ، الإسكندرية ، أحكام الأحوال الشخصية للمسلمين : محمد قمحاوى 660 ، 661 ، 693 ، الأحوال الشخصية عبد العزيز عامر 454 .

وفيما يلى توضيح نفقة الزوجة ، ونفقة الأقارب فى ضوء أحكام قانون الأحوال الشخصية :

1- نفقة الزوجة :

لقد جاء فى المادة الأولى من القانون رقم 25 لسنة 1920 والمعدلة بالمادة 18 مكرر ثانيا من القانون رقم 100 لسنة 1985 ما يلى :

أ – تجب النفقة للزوجة على زوجها من حين العقد الصحيح إذا سلمت نفسها إليه ولو حكما موسرة كانت أو مختلفة معه فى الدين .

ب – ولا يمنع مرض الزوجة من استحقاقها للنفقة .

ج – وتشمل النفقة الغذاء والكسوة والمسكن ومصاريف العلاج وغير ذلك مما يقضى به العرف .

د – ولا تجب النفقة للزوجة إذا ارتدت وامتنعت مختارة عن تسليم نفسها بدون حق أو اضطرت إلى ذلك بسبب ليس من قبل الزوج ، ولا يعتبر سببا لسقوط نفقة الزوجة خروجها من مسكن الزوجية بدون إذن زوجها فى الأحوال التى يباح فيها ذلك بحكم الشرع أو يجرى بها العرف أو عند الضرورة .

وتنص المادة 16 الفقرة الأولى من القانون 25 لسنة 1929 والمعدلة بالمادة الثالثة من القانون 100 لسنة 1985 م على أن : تقدر نفقة الزوجة بحسب حال الزوج وقت استحقاقها يسرا أو عسرا على ألا تقل النفقة فى حالة العسر عن القدر الذى يفى بحاجتها الضرورية " .

وفى ضوء ما سبق نبين شروط وجوب نفقة الزوجة على زوجها وما تشملة النفقة ومقدارها فيما يلى :

أ - شروط وجوب نفقة الزوجة على زوجها :

جرت عادة الناس من قديم الزمان أن تقيم المرأة فى بيت زوجها ويقوم بالإنفاق عليها من مأكل ومشرب وملبس وغير ذلك مما تحتاج إليه الزوجة لأن ذلك من حقوقها ، ولكن إذا ما أرادت الزوجة أن تأكل وحدها وامتنع الزوج من الإنفاق ، فيفرض لها نفقة ، ويراعى عند تقدير هذه النفقة توافر الشروط الآتية :

1- أن يكون عقد النكاح صحيحا . فإن كان فاسدا فلا تستحق نفقة على الزوج .
2- التسليم الحقيقى أو الحكمى لزوجها فلا تمنعه من الدخول بها ، أو الاستمتاع بها أو تمتنع من الإنتقال معه إلى المسكن الذى أعده لها إذا كان يليق بأمثالها.
3- الصلاحية للدخول وعدم تفويت حق الاحتباس بدون مبرر شرعى ، فإن كانت الزوجة غير صالحة للدخول بأن كانت ممتنعة عن تسليم نفسها ، أو ارتدت ، أو خرجت من المسكن بدون إذن الزوج فى الأحوال التى لا يباح لها الخروج شرعا بدون إذن الزوج ، لأن نفقة الزوجة على زوجها مناطها : احتباسها لــه تحقيقا لمقاصد الزواج ، فالنفقة حق للزوجة وانتقالها إلى زوجها حقه ، فعند عدم تحقق شرط وجوب النفقة فتكون غير واجبة ومؤدى ذلك أن الزوجة الناشز الممتنعة عن طاعة زوجها الخارجة على طاعته الواجبة له شرعا لا تستحق النفقة [1] .

---

(1) يراجع : المرجع الوافى فى قضاء الأحوال الشخصية للمسلمين : م / أنور العمروسى 262 ط : 1963 دار الفكر الحديث . أحكام الأحوال الشخصية محمد قمحاوى 637 . (طعن رقم 76 لسنة 65 نقض مدنى جلسة 25/12/ 2000) مجلة المحاماة العدد الثانى ص 222 ط : 2000 / 2001 .

ب – ما تشمله نفقة الزوجة أو أنواعها :

إن نفقة الزوجة من الحقوق المترتبة لها على زوجها بسبب احتباسها وتشمل هذه النفقة الطعام ومشتملاته ، ويجوز أن يكون مقادير من القمح أو الأرز ، والجارى عليه العمل بالمحاكم المصرية أن يفرض القاضى مبلغا من النقود وأن يكون شهريا أو أسبوعيا .

وأيضا من النفقة الكسوة وهى نوعان : نوع للشتاء وآخر للصيف ، وتفرض المحاكم المصرية مبلغا معينا يسدده الزوج كل ستة أشهر ، ومن النفقة السكنى ومشتملاتها من مرافق وفرش ، وغطاء يليق بأمثال الزوجة .

وتشمل النفقة أيضا الخادم إن كانت الزوجة ممن تخدم لأن ذلك من تمام كفايتها وكذلك علاجها من أجرة طبيب ، وثمن دواء ، وقيل : أن الزوج غير ملتزم شرعا بذلك وتطبق المحاكم هذا الحكم ، ولكن كيف يقبل هذا بأن الزوجة إذا مرضت تترك فريسة للداء أو عالة على زوجها ، وهى التى آثرت رعاية زوجها وأولادها منه ومصالحهم ، فلا أقل من أن يرد إليها بعض المودة بما أسلفت فى أيام صحتها، وهل جزاء الإحسان إلا الإحسان ، ولأن الرابطة الزوجية التى بينهما تقوم على المودة والرحمة والاستقرار، وليس فى فرض ووجوب علاج الزوجة إرهاقا للزوج، لأنه مقيد بما تسمح به حالته ، وأن نفقة العلاج ألزم وأوجب من أجرة الخادم التى نص عليها الفقهاء ، لأنها تجب للزينة والتنعيم ، وتقضى بها المحاكم حسب حال المنفق ، وقد اتجه إلى هذا بعض الفقهاء من المالكية والشيعة الزيدية .

ومن النفقة الواجبة على الزوج لزوجته ، تجهيز وتكفين ونقل الزوجة المتوفاة وذلك إعمالا لحكم المادة 280 من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية .

وتطبق هذه النفقات على المعتدة مادامت فى العدة لأن الزواج لا يزال قائما من بعض الوجوه [1] .

جـ- مقدار النفقة الواجبة للزوجة على زوجها :

تقدر نفقة الزوجة الواجبة لها على زوجها بقدر كفايتها بحسب حال الزوج يسرا وعسرا ، ولقد كان العمل بالمحاكم المصرية قبل صدور القانون 25 لسنة 1929 يجرى على اتباع أن تقدر نفقة الزوجة بحسب حال الزوج والزوجة يسرا وعسرا ، فينفق فى اليسار أو الإعسار وإن كان أحدهما معسرا والآخر موسرا فالتوسط .

فلما صدر القانون رقم 25 لسنة 1929 أخذ بالرأى الذى يقول أنها تقدر بحسب حال الزوج.

كما نصت المادة 16 من القانون المذكور والمعدلة بالمادة الثالثة بالقانون رقم 100 لسنة 1985 على أن : " تقدر نفقة الزوجة على زوجها بحسب حال الزوج يسرا وعسرا مهما كانت حالة الزوجة.ويراعى القاضى عند تقدير النفقة وقت استحقاقها لا وقت القضاء بها مع مراعاة حالة الزوج من يسر وعسر.[2].

وتجوز الزيادة فى النفقة إذا ظهر يسار الزوج عن وقت الفرض لها ، لأنها تقبل التغيير والتبديل ، ويرد عليها الزيادة والنقصان بسبب تغير الظروف مع إقامة الدليل .

فالحكم يفرض قدر محدد من النفقة اعتباره مصاحبا لحال المحكوم عليه يسرا وعسرا حتى يقوم الدليل على تبدل ظروف فرضها[3] وتنص المادة 157، 219،

---

(1) يراجع : أصول المرافعات الشرعية فى مسائل الأحوال الشخصية م /أنور العمروسى ص 237 - 240 . 251 ، 252 ، 287 ، 288 الطبعة الثالثة 2001م ، نشر دار الفكر الجامعى - الإسكندرية ، أحكام الأحوال الشخصية / محمد قمحاوى 736 وما بعدها .

(2) يراجع : أحكام الأحوال الشخصية : محمد حامد قمحاوى 637 ، 638 ، (طعن رقم 28 لسنة 69 جلسة 17/1/ 2000) ، المحاماة العدد الأول ص 237 .

(3) يراجع : مجموعة أحكام محكمة النقض طعن رقم 4 لسنة 40 ق نقض مدنى جلسة 24/ 5 / 1972

220 من القانون المدنى على أن تقدير النفقات يكون بمراعاة لوازم من تفرض إليهم ويسر من تفرض عليهم وعلى كل حال يلزم دفع النفقات شهرا بشهر مقدما[1].

2 – نفقة الأقارب :

أ – نفقة الفروع :

تنص المادة 175 من مشروع قانون الأحوال الشخصية الموحد والمعدلة بالمادة 18 مكرر ثانيا من القانون 25 لسنة 1929 والمادة الأولى من القانون رقم 100 لسنة 1985 على أنه :

1 – إذا لم يكن للولد الصغير مال ولا مورد من حرفة أو غيرها فنفقته على أبيه .

2 – وتستمر نفقة الأولاد على أبيهم إلى أن تتزوج البنت أو تكسب فعلا ما يكفى نفقتها ، وإلى أن يتم الغلام الخامسة عشرة من عمرة قادرا على الكسب الكافى المناسب.

3– فإذا تم الغلام الخامسة عشرة عاجزا عن الكسب لآفة بدنية أو عقلية ، أو بسبب طلب العلم الضرورى الملائم لأمثاله ن أو بسبب عدم تيسر الكسب، استمرت نفقته على أبيه. وتنص المادة 174 من مشروع القانون الموحد وأبقى عليها فى القانون رقم 100 لسنة 1985 على أن: " تشمل النفقة للأقارب الطعام، والكسوة، والمسكن، وما يلزم للعلاج الضرورى والتعليم , وذلك كله فى حدود المناسب لمثل من وجبت له النفقة مع مراعاة قدرة من وجبت عليه.

---

(1) يراجع : الموجز فى النظرية العامة للالتزامات د / عبد الرزاق السنهورى 413 .

وفى ضوء ما سبق نتناول شروط وجوب نفقة الفروع على الأصول وما تشمله ومقدارها وذلك فيما يلى :

شروط وجوب نفقة الفروع على الأصول :

1 – أن يكون الفرع فقيرا عاجزا عن الكسب ولو كان عاقا لوالده ، لأن مناط وجوب النفقة هو الفقر والعجز ، فإن كان الولد له مال فنفقته فى ماله صغيرا كان أو كبيرا ذكرا أو أنثى، وإذا لم يكن له مال ولكنه قادر على الكسب من حرفة أو صنعة فنفقته فى كسبه ، أما إذا كان عاجزا عن الكسب لصغر أو لمرض فنفقته على والده ، وكذلك إذا كان مشتغلا بالتعليم لأن التعليم يعتبر عجزا حكميا موجبا للنفقة إذا كانت تراعاه الدولة ولا يتنافى مع الدين وأن يكون الطالب رشيدا فى التعليم راقيا فى درجاته ، فأجر التعليم يجب على الأب لأبنائه ، لأنه واجب عليه أن يعد أولاده الصغار منذ نشأتهم بتعلم ما يجب تعلمه شرعا ، لأن ما لم يتم الواجب إلا به فهو واجب ، وهو من رعاية الأب الواجبة لأبنائه بعد أن أصبح التعليم من مقومات الحياة الضرورية ، ومن حاجات الفرد الأساسية ما لم يكن تعليماً محظوراً تعلمه كالسحر[1] .

2 – أن يكون الأصل موسرا قادرا على الكسب ، فإن كان معسرا أو عاجزا عن الكسب فلا تجب عليه النفقة إلا بقدر استطاعته فإن تعدد الأولاد ولا يستطيع أن ينفق عليهم جميعا ، فإنه يقدم فى الإنفاق الزوجة ثم الولد الصغير، ثم الولد الكبير المريض ، ثم الولد الكير غير المريض [2] .

---

(1) يراجع : أحكام الأحوال الشخصية محمد حامد قمحاوى 639 ، 646 ، 686 ، أصول المرافعات الشرعية فى مسائل الأحوال الشخصية : م / أنور العمروسى 349 ، الأحوال الشخصية : عبد العزيز عامر 453 ، 582 . مجموعة أحكام محكمة النقض طعن 2270 لسنة 55 ق نقض مدنى جلسة 1991/1/31. طعن 535 لسنة 42ق نقض مدنى جلسة 1975/12/31م .

(2) يراجع : الأحوال الشخصية عبد العزيز عامر 504 ، 587 ، أصول المرافعات الشرعية فى مسائل الأحوال الشخصية أنور العمروسى 349 .

ما تشمله النفقة ومقدارها :

تشمل النفقة على الفروع كل ما يحتاجون إليه من طعام ، وكسوة ، ومسكن ومصاريف التعليم ، وثمن دواء ، وأجر طبيب ، ولقد اعتبر المشرع الوضعى التطبيب الضرورى من أنواع النفقة الواجبة للأولاد على آبائهم ، وأن هذا ما تقتضيه أصول الشريعة والمصلحة الزمنية فيلتزم الأب بنفقة أولاده وتوفير المسكن لهم ، وذلك على حسب قدرته ويساره ، وبما يكفل للأولاد العيش فى المستوى اللائق بأمثالهم .

فنفقة الصغير من طعام ، وكسوة ، ومسكن ، وخادم ، وأجرة حضانة ، ورضاعة على والده منذ تاريخ ولادته وتستمر النفقة على الولد الذكر حتى يبلغ قادرا على الكسب ، وعلى البنت حتى تتزوج أو تكسب بعملها أو بصنعتها ما يكفى لنفقتها [1].

وتقدير نفقة القاصر بما يتفق مع مصلحته من سلطة محكمة الموضوع [2] .

ب – نفقه الأصول :

تنص المادة 177 من مشروع قانون الأحوال الشخصية الموحد والتى أبقى عليها القانون رقم 100 لسنة 1985 على أنه :

1 – يجب على الولد الموسر ذكرا كان أو أنثى كبيرا كان أو صغيرا نفقة والديه الفقيرين العاجزين عن الكسب ، ما لم يظهر تعنت من الأب فى اختيار البطالة على عمل أمثاله كسلا وعنادا .

2 – فإذا تعدد الأولاد اشتركوا فى نفقة والديهم بنسبة حصصهم الإرثية .

وتنص المادة 179 من القانون السابق الإشارة إليه على أن :

---

(1) يراجع : أصول المرافعات الشرعية م / أنور العمروسى 254 – 256 ، 349 ، أحكام الأحوال الشخصية محمد قمحاوى 404 ، 405 ، 483 ، 660 ، الأحوال الشخصية د / عبد العزيز عامر 453 ، 454 .

(2) يراجع : مجموعة أحكام محكمة النقض طعن 86 لسنة 45 نقض مدنى جلسة 5/16/ 1979م ، طعن رقم 11 لسنة 36 نقض مدنى جلسة 1/3/ 1973م .

" الشخص الذى يكلف بالنفقة فى حال يساره يعتبر كالمعدوم فى حال إعساره وتفرض النفقة على سواه ممن تجب عليهم عند عدمه سواء كان ذلك المعسر أبا أو ولدا أو غيرهما .

وفى ضوء ما سبق نتناول شروط وجوب نفقة الأصول على الفروع وما تشمله ومقدارها فيما يلى :

شروط نفقة الأصول على الفروع :

1 – تجب نفقة الأب على ابنه إذا كان الأب فقيرا عاجزا غير كسوب .

فإذا كان الأب غنيا موسرا فنفقته فى ماله ، وإن كان فقيرا ولكنه عاجز عن الكسب فنفقته على ولده ، أما إن كان قادرا على التكسب فلا نفقة له إذا ترك ذلك العمل عنادا .

2 – أن يكون الفرع – الابن – له مال وقادرا على الكسب ولو اختلفا فى الدين .

فإذا كان الفرع فقيرا معسرا فلا يلتزم بالنفقة ، وكذلك إذا كان فقيرا وعاجزا عن التكسب بصنعة أو عمل ، أما إذا كان فقيرا وقادرا على التكسب فإنه يلزمه التكسب لينفق على والديه الفقيرين العاجزين .

فإذا تعدد من تجب لهم النفقة كالأب والأم وكان لا يستطيع الإنفاق إلا على أحدهما فإنه يقدم الأم (مادة 182 من مشروع القانون الموحد) بعد زوجته وأولاده.

هذا إذا كان الفرع – المنفق واحدا ، أما إذا تعدد – الفرع المنفق – اشتركوا جميعا فى نفقة والديهم وذلك على حسب نصيبهم فى الميراث – للذكر مثل حظ الانثيين – فإذا كان أحدهم معسرا فيعتبر كالمعدم وتفرض النفقة على سواه ممن تجب عليهم [1].

---

(1) يراجع : أحكام الأحوال الشخصية / محمد قمحاوى 471 ، 472 ، الأحوال الشخصية د / عبد العزيز عامر 503 ، 504 ، 587 .

ما تشمله النفقة ومقدارها :

تشمل النفقة على الأصول كل ما يحتاجون إليه من طعام وشراب وكسوة ومسكن وغير ذلك مما قيل فى نفقه الزوجة والأولاد من نفقة الخادم ومصاريف العلاج ، لأن ذلك من جملة النفقة ، وقدرها على حسب حال المنفق ، وقدرها على حسب حال المنفق يسارا أو إعسارا وما يقضى به العرف فى ذلك من سد حاجاتهم الضرورية التى لا غنى لهم عنها [1] .

جـ - نفقة الأقارب غير الأصول والفروع من الرحم المحارم :

تنص المادة 178 من القانون السابق الإشارة إليه على أن :

1- فيما عدا الأولاد الصلبيين والأب والأم تجب نفقة كل فقير عاجز عن الكسب على وارثه من أقاربه المحارم الموسرين .

2- يكون العجز عن الكسب إما للصغر أو للشيخوخة أو لآفة بدنية أو عقلية ، أو للاشتغال بطلب العلم الضرورى ، أو لعدم تيسر الكسب .

3- تعتبر الأنثى عاجزة عن الكسب حتى تتزوج أو تكسب فعلا ، ما لم يظهر تعنتها فى اختيار البطالة على عمل مناسب لأمثالها كسلا أو عنادا .

4- إذا تعدد المحارم الموسرون كلف بالنفقة من هو مقدم على غيره فى الإرث فإن كانوا مشتركين فى الإرث اشتركوا فى أداء النفقة بنسبة حصصهم الإرثية " .

وفى ضوء ما سبق أوضح شروط وجوب نفقة الأقارب غير الأصول والفروع وما تشمله النفقة ومقدارها فيما يلى :

شروط وجوب نفقة الأقارب غير الأصول والفروع من الحواشى زي الرحم المحارم :

من خلال النص السابق يتضح أن المشرع الوضعى اشترط لوجوب النفقة ما يلى:

1 – أن يكون القريب فقيرا عاجزا عن الكسب (المستحق للنفقة) .

---

(1) يراجع : الأحوال الشخصية د / عبد العزيز عامر 453 .

2 – أن يكون القريب المنفق موسرا .

3– أن يقضى بها القاضى .

4 – أن يكونوا متحدين فى الدين وارثين (مادة 184) .

فإذا كان القريب المستحق للنفقة فقيرا عاجزا عن الكسب لصغر أو لمرض ، أو لكبر سن ، أو طلب علم ، أو عدم توفر عمل، فإن نفقته تكون واجبة على قريبه الموسر الذى لديه من المال ما يزيد عن حاجته وحاجة من يعولهم ، وأن يكونوا من الوارثين ، ولقد قضت محكمة النقض المصرية أن سبب نفقة الأقارب الرحم وأهلية الميراث وتجب لهم سد لحاجتهم ومنعهم من السؤال صلة لرحمة [1] .

وتستمر هذه النفقة حتى يكبر الصغير ، ويشفى المريض ، وينتهى طالب العلم من تعليمه ، وتتزوج الأنثى ما لم تكن لها صنعة مناسبة لها وترفض العمل تعنتا.

فإذا تعدد المحارم الموسرون فالذى يلزمه النفقة من يتقدم فى الميراث فإن تساووا فى الميراث اشتركوا فى النفقة بنسبة حصصهم الإرثية .

---

(1) يراجع : الأحوال الشخصية د/ عبد العزيز عامر 503 ، 504 ، 582 ، مجموعة أحكام محكمة النقض طعن رقم 24 لسنة 46 ق نقض مدنى جلسة 7/3/ 1979 ، طعن رقم 29 لسنة 46 ق جلسة 7/ 3 / 1979م ...

وإذا كان الشخص المكلف بالنفقة معسرا فتفرض النفقة على سواه ممن تجب عليهم (مادة 179) وإذا تعدد المستحقون للنفقة ، وكان المكلف بالإنفاق غير قادر على نفقتهم جميعا كلف بقدر استطاعته واعتبر معسرا بالنسبة للباقى ، وكلف سواه بالنفقة ، وإلا قدم زوجته وأولاده ثم والديه ثم سواهم يقسم عليهم بقدر استطاعته[1].

ما تشمله النفقة ومقدارها :

تشمل النفقة على الأقارب الطعام ، والكسوة ، والمسكن ، وما يلزم للعلاج الضرورى والتعليم ، وذلك فى حدود المناسب لمثل من وجبت له النفقة مع مراعاة قدرة من وجبت عليه وما قيل فى نفقة الزوجة ومشتملاتها ونفقة الفروع والأصول ينطبق هنا[2] .

بقى أن أشير إلى معنى الفقير الذى لا تجب عليه النفقة وتجب له ، حيث نصت المادة 180 من مشروع القانون الموحد إلى أن : " الفقير هو الذى ليس له مال تزيد قيمته عن المقدار الضرورى عرفا لحاجته المالية المشروعة ، وحاجة عياله وقضاء ديونه الحالة أو القريبة الحلول ، أو له مورد من حرفة أو غيرها يزيد عن وفاء الحاجات المذكورة " .

ولا يعتبر من المال الزائد عن الحاجات المذكورة رأس ماله الذى يتوقف عليه كسب كفايته ولا البيت الذى لا تزيد قيمته ولا مساحته عن حاجة سكناه وسكنى عياله .

فمثل هذا يعتبر فقيرا معسرا لا تجب عليه النفقة لغيره ، وتجب لـــه النفقة على غيره [3] .

---

(1) يراجع : الأحوال الشخصية عبد العزيز عامر 504 ؛ 583 ؛ 587 .

(2) يراجع : الأحوال الشخصية عبد العزيز عامر 453 .

(3) يراجع : المرجع السابق ص 583 وما بعدها .

الفرع الثالث
الموازنة بين موقف الفقه الإسلامى والقانون الوضعى من تعريف النفقة وبيان أسبابها

بعد بيان موقف الفقه الإسلامى وقانون الأحوال الشخصية (القانون الوضعى) من تعريف النفقة وبيان أسبابها يتضح ما يلى :

1 – إن أحكام ونصوص قانون الأحوال الشخصية مستمد من أحكام الشريعة الإسلامية والمذاهب الفقهية المختلفة ، لذا لا أرى لختلافا بين موقف القانون الوضعى (قانون الأحوال الشخصية) وبين موقف الفقه الإسلامى إلا فى مواطن قليلة .

فلقد اتفق القانون الوضعى مع الفقه الإسلامى فى مفهوم النفقة من أنها ما تلزم الشخص من إطعام وكسوة ومسكن وعلاج وغير ذلك مما يحتاج إليه مع مراعاة حال المنفق والمنفق عليه.

2 – كذلك اتفق القانون الوضعى مع الفقه الإسلامى فى أسباب النفقة من أنها : الزوجية والقرابة ، ولكن القانون اختلف عن الفقه فى أحكام النفقة الخاصة بالملك كالعبيد والحيوانات ، والزروع ، والثمار ، ولم يجعل ذلك من أسبابها ، لأن ذلك ليس من متعلقات الأسرة التى أسس عليها قانون الأحوال الشخصية الخاص بأحكام النفقات وغيرها من مسائل الأسرة .

3 – فلقد اتفق القانون مع الفقه الإسلامى فى وجوب النفقة للزوجة متى توافرت شروطها وأيضا فى ما تشمله النفقة ومقدارها وأنها مقدرة بحسب حال الزوج يسرا وعسرا .

4 – وأما نفقة الأقارب من الفروع فلم ينص القانون على أولاد الأولاد ووجوب النفقة لهم إلا أنه يفهم أنهم أطلقوا لفظ الفرع ، والفرع يشمل الولد وولد الولد ، فلذا يكون القانون قد اتفق مع جمهور الفقهاء من أن النفقة واجبة للفروع مطلقا مهما نزلوا .

5 – وكذلك لم ينص القانون على حكم النفقة على الأجداد والجدات وإنما أطلق ذلك بقوله على الولد نفقة والديه الفقيرين .... وأيضا الوالدين يشمل الأب والجد والأم والجدة ، كما ذهب إلى ذلك جمهور الفقهاء ، وأن النفقة واجبة لهم فلذا تكون نفقة الأجداد والجدات واجبة فى حكم القانون .

6 – وكذلك اتفق القانون مع الفقه الإسلامى فى وجوب نفقة الأقارب من غير الأصول والفروع متى توافرت الشروط الواجبة ، فلا خلاف بين موقف القانون الوضعى (قانون الأحوال الشخصية) وبين ما ذهب إليه الفقه الإسلامى ، كما قلنا لأن نصوص القانون مستمدة من الشريعة الإسلامية ومن المذاهب الفقهية المختلفة....... .

" وهذا والله أعلم "....

المطلب الثانى
تملك من تجب له النفقة جبرا عمن تلزمه عند امتناعه

وفيه ثلاثة فروع :

الفرع الأول : تملك من تجب له النفقة جبرا عمن تلزمه عند امتناعه فى الفقة الإسلامى

الفرع الثانى : تملك من تجب له النفقة جبرا عمن تلزمه عند امتناعه فى القانون الوضعى

الفرع الثالث : الموازنة بين موقف الفقه الإسلامى والقانون الوضعى من تملك من تجب له النفقة جبرا عمن تلزمه عند امتناعه

الفرع الأول
تملك من تجب له النفقة جبرا

لقد بينا فى المطلب السابق تعريف النفقة ومشروعيتها وبيان أسبابها ، واتضح أن أسباب النفقة النكاح ، والقرابة ، والملك ، وأن النفقة تجب بأحد هذه الأسباب الثلاثة، ويلزم من تجب عليه أن يعطيها لمن تجب له ، أما إذا امتنع عن إدائها مع وجوبها عليه ، فيتملكها من تجب له جبرا عنه وهذا ما سأوضحه فيما يلى :

أولا : امتناع الزوج عن الإنفاق على زوجته وكيفية تملكها للنفقة الواجبة لها جبرا عنه :

إذا كانت النفقة واجبة على الزوج بتوافر شروطها كان من الواجب عليه أن يهيئ للزوجة طعامها ، ولباسها ، ومسكنها ، وحاجاتها ، وأن يتولى الإنفاق عليها وليس لها أن تطلب منه تقديرا معينا لتنفق هى بنفسها .

وله أن يعطيها من المال لتقوم هى بتهيئة ما يلزمها طوعا واختيارا منه .

ولقد اتفق جمهور الفقهاء على أن الزوجة إذا أكلت مع الزوج كما هو سائد ومعروف لدى الناس ، فإن نفقتها تسقط لجريان العادة على ذلك منذ عهد الرسول –

صلى الله عليه وسلم – من غير نزاع ، ولم ينقل أن امرأة طالبت بنفقة بعده ، ولو كان أكلها معه لا يسقط النفقة مع علم النبى – صلى الله عليه وسلم – لأعلمهم بذلك، ولقضاه من تركه من مات إبراءا لذمته .

أما إذا امتنع عن الإنفاق عليها ، أو ثبت تقصيره فى حقها دون سبب أو حق شرعى: فإن تمكنت من تناول قدر كفايتها ، فليس لها أن تطلب نفقة من القاضى ، وكذلك لها أن تنفق على نفسها من مال الزوج بدون إذنه .

أما إذا لم تتمكن من ذلك ، فإنها ترفع الأمر إلى القاضى ، ويلزمه القاضى بنفقة لزوجته ، فإن تراضيا على شيء فبها ونعمت ، وإن لم يتراضيا فيرجع فى تقدير النفقة إلى القاضى ، فإن امتثل الزوج فى الاستجابة لأمر القاضى فى الإنفاق على زوجته بالتقدير الذى قدره ، فإنه يتولى الإنفاق عليها بنفسه ، لأنه قوام عليها ، ولا يجوز له أخذ ما زاد على النفقة ، لأنه ملك لها .

وإذا ظهر أن الزوج لا ينفق عليها من النفقة المفروضة لها ، فيأمره القاضى ليدفع لها النفقة لتنفق على نفسها ، فإن أبى حبسه القاضى [1] .

وقال المالكية والشافعية : إذا فرض لها القاضى نفقة فلا تجبر على الأكل مع زوجها ولها المطالبة بالنفقة لتنفق على نفسها ، وإن كانت تؤمر بالأكل معه من غير قضاء لما فيه من حسن العشرة والتودد [2] .

(1) يراجع : بدائع الصنائع 4/ 34 ، 38 ، 41 ، شرح فتح القدير 4/ 387 ، 392 ، الاختيار 3/ 161 – 163، بلغة السالك 1 / 484 ، الشرح الكبير وحاشية الدسوقى 2/ 514 ، مغنى المحتاج 3/ 544 ، 545 ، الجلال المحلى وحاشية قليوبى 4/ 71 ، المغنى 11/ 204 ، 219 ، 220 المحلى 9 / 253 ، 254 ، البحر الزخار 4 / 274 ، الروضة الندية 2 / 75 ، فقه الإمام جعفر 5 / 333 ، شرائع الإسلام 2 / 253 ، 254 ، الفقه الإسلامى وأدلته للزحيلى 8 / 799 .

(2) يراجع : الشرح الكبير وحاشية الدسوقى 2/ 514 ، الجلال المحلى وحاشية قليوبى 4/ 71 .

وقال الحنابلة : لها أن تأخذ من ماله قدر كفايتها بالمعروف إذا منعها الزوج النفقة [1] أما ما يفرض لها من النفقة ومقداره : فقال الحنابلة أيضا : لا يفرض لها غير القوت الغالب إلا باتفاق الزوجين ويجب تسليم الطعام إليها بحسب العرف[2].

وأجاز الحنفية والمالكية : تقدير النفقة بالنقود وتدفع لها لتنفق على نفسها ، لأن ذلك أضبط وأيسر [3] .

وتقدر النفقة بحسب العرف والعادة فى كل بلد ، وبحسب إختلاف الأمكنة والأزمنة والأحوال من رخص وغلاء ، وشباب وهرم ، وشتاء وصيف ، وإذا تم تقديرها وتغير حال الزوج يسارا وإعسارا ، وتغيرت الأحوال من رخص أو غلاء ، زاد القاضى فى النفقة أو أنقصها [4] .

أما إذا امتنع الزوج عن الإنفاق على زوجته بعد ما فرضه على نفسه أو بعد فرض القاضى ففيه تفصيل :

أ – إذا كان الزوج موسرا وله مال ظاهر وكان حاضرا : فإذا امتنع عن الإنفاق فهو ظالم ويتعين رفع الظلم ، ومن الوسائل المقررة فى الشريعة الإسلامية لرفع الظلم حبسه لإرغامه على الإنفاق ، وبيع ماله جبرا عنه للإنفاق على زوجته .

ولقد ذهب جمهور الفقهاء إلى أن القاضى يحبسه ، فإن أصر على الحبس ولم ينفق أخذ القاضى من ماله ودفعه إلى المرأة إن كان من جنس النفقة التى فرضت لها ،

---

(1) يراجع : المغنى لابن قدامة 11 / 219 ، 220 .

(2) يراجع : المرجع السابق نفس الموضع .

(3) يراجع : بدائع الصنائع 4/ 34 – 41 ، شرح فتح القدير 4/ 392 ، الشرح الكبير وحاشية الدسوقى 2 / 514.

(4) يراجع : بدائع الصنائع 4/ 34 – 41 ، بلغة السالك 1 / 484 ، مغنى المحتاج 3/ 544 ، المغنى11/ 219، المحلى 9 / 253 ، 254 ، البحر الزخار 4/ 274 ، الروضة الندية 2 / 75 ، شرائع الإسلام 2 / 253 ، الفقه الإسلامى وأدلته للزحيلى 7 / 799 .

فإن كان ماله عروضا أو عقارا ، فيبيع القاضى من ماله جبرا عنه ويعطى للزّوجة لتنفق منه على نفسها وتملك الزوجة ذلك جبرا عنه [1] .

وقال أبو حنيفة : لا يبيع القاضى من ماله إن كان عروضا ، لأن بيع مال الإنسان لا ينفذ إلا بإذنه وإنما يحبس حتى يبيع ماله بنفسه [2] وهذه المسألة مبنية على اختلافهم فى بيع مال المدين، وقد سبق أن أوضحت ذلك وبينت أن الراجح هو بيع مال المدين للوفاء بالدين [3].

وقيل : أن القاضى يبيع مال الزوج لينفق على الزوجة إن كان له مال ظاهر ولا يحبسه، سواء كان من جنس النفقة فيعطيها منه، أو من غيره فيبيعه ويعطى للزوجة ثمنه .

واستدل الجمهور على ذلك بقوله – صلى الله عليه وسلم – لهند زوج أبى سفيان" " خذى ما يكفيك ويكفى ولدك بالمعروف .... " [4] ولم يفرق النبى – صلى الله عليه وسلم – بين الدراهم وغيرها سواء كان من جنس النفقة أو غيرها ، وأمرها بأن تأخذ من مالهِ بدون علمه بقدر كفايتها [5].

---

(1) يراجع : شرح فتح القدير 4/ 387 – 392 ، الشرح الكبير وحاشية الدسوقى 2/ 514 ، الجلال المحلى وحاشية قليوبى 4/ 71، الشرح الكبير بهامش المغنى 11/ 251، المحلى 9 / 253 ، 254 البحر الزخار 4 / 274 ، فقه الإمام جعفر 5 / 333 ، النيل 14/ 8 .

(2) يراجع : بدائع الصنائع 4 / 34 – 41 ، شرح فتح القدير 4/ 387– 392 ، الاختيار 3/ 161 – 163 .

(3) يراجع : ص 86 من هذا البحث .

(4) الحديث سبق تخريجه ص : 243 .

(5) يراجع : شرح فتح القدير 4/ 390 ، حاشية الدسوقى 2/ 514 ، مغنى المحتاج 3 / 544 ، الشرح الكبير بهامش المغنى 11/ 251 ، كشاف القناع 5 / 478 ، 479 ، زاد المعاد 4 / 220 ، المحلى 9 / 254 ، السيل الجرار 2 / 451 ، الروضة الندية 2 / 75 ، شرح كتاب النيل 13/ 622 .

ب – أما إذا كان الزوج موسرا ولكنه ليس له مال ظاهر وهو حاضر :

فذهب جمهور الفقهاء إلى أن القاضي يعزره بالتأنيب والتوبيخ على مماطلته ، وإن طلبت الزوجة حبسه فإنه يحبس عقوبة له على مماطلته [1] .

وقال الشافعي : لا يحبس ولا يلازم حتى يظهر له مال [2] .

واستدل الجمهور على أنه يحبس بقوله – صلى الله عليه وسلم – (مطل الغنى ظلم يحل عرضه وعقوبته) [3]، فإنه يظل محبوسا حتى يدفع النفقة ، وذلك تأديبا له وتشديدا عليه مادام قادرا على الوفاء ، ولا يمنع الحبس من بيع ما ظهر من ماله ليوفى الزوجة حقها ، لأن الحبس ليس عوضا عن النفقة بل هو وسيلة لحمله على الإنفاق ، وليس للحبس مدة مقرره وإنما مفوض للقاضى تقديره [4] .

جـ – أما إذا كان الزوج معسرا وهو حاضر :

فذهب الجمهور من الفقهاء إلى أنه إذا ثبت عجزه فإنه يترك إلى ميسرة لقوله تعالى : (وإن كان ذو عسرة فنظرة إلى ميسرة) [5] ولا يحبس لأن حبس المعسر لا يفيد ، ولكنه يؤمر بالتكسب بعمل أو صنعة ، فإن تمرد عن ذلك فإنه يحبس .

وتستدين الزوجة على زوجها بأمر القاضى، فإن لم تجد من تستدين منه ، أمر القاضى من تجب عليه نفقتها من أقاربها كأبيها ، وأخيها بالإنفاق عليها ويرجعان

---

(1) يراجع : شرح فتح القدير 4/ 390 – 392 ، الاختيار 3/ 161 – 163 ، حاشية الدسوقى 2/ 514 الجلال المحلى وحاشية قليوبى 71/4 ، الشرح الكبير بهامش المغنى 11/ 251 ، كشاف القناع 5/ 478 السيل الجرار 2/ 451 ، الروضة الندية 2/ 75 ، النيل 13/ 622 ، الفقه الإسلامى للزحيلى 7 / 810 .811

(2) يراجع : مغنى المحتاج 3 / 563 ، 564 ، الجلال المحلى وحاشية قليوبى 4/ 81 ، 82 ، حاشية البجيرمى 4/ 464 ، 466 ، 487 .

(3) الحديث سبق تخريجه ص : 98.

(4) يراجع : بدائع الصنائع 4 / 34 – 41 ، بلغة السالك 1 / 484 ، مغنى المحتاج 3/ 544 ، 545 المغنى 11/ 219 ، 220 ، البحر الزخار 4/ 274 ، فقه الإمام جعفر 5/ 333 ، النيل 13/ 622 الوجيز فى أحكام الأسرة د / محمد سلام مدكور 196 ، 197.

(5) جزء من الآية رقم 280 من سورة البقرة.

على زوجها إذا أيسر ، وإن امتنع القريب عن النفقة عليها ، حبسه القاضى حتى يؤدى إليها ما تنفق به على نفسها [1].

وذهب الإمامية إلى أنه : إذا أعسر الزوج بالنفقة فإنها تسقط عنه [2] .

أما إذا كان الزوج غائبا وتعذر إحضاره إلى القاضى لسؤاله عن دعوى النفقة . فذهب جمهور الفقهاء إلى وجوب النفقة عليه من وقت غيابة، وقيل: من وقت بلوغ الخبر له ، ولو لم يفرضها حاكم [3] .

وقال الحنفية : لا تجب النفقة إلا بحكم حاكم [4] .

فإذا غاب الزوج وطلبت الزوجة من القاضى فرض نفقة لها :

فإن كان له مال ظاهر يمكن أخذ النفقة منه ، قضى لها القاضى بالنفقة من ماله بعد أن يحلفها بالله أن زوجها ما أعطاها نفقة ، رعاية لمصلحة الغائب ، أو أنه لم يترك لها مالا لتنفق منه ، ولا وكل وكيلا بالنفقة عليها وتسمى بيمين الاستيثاق .

وإذا لم يكن للزوج الغائب مال ظاهر : لم يفرض لها القاضى شيئا إذ لا فائدة به، وإن كان للزوجة أن تستدين عليه ويلزمها الصبر ، وتتعلق النفقة بذمة الزوج ، لأن النفقة تجب للزوجة شرعا مهما امتد الزمن ، فإن امتنع الزوج عن الإنفاق أو غاب الزوج ، فتثبت النفقة فى ذمته، ويجب عليه أداؤها بالغة ما بلغت مهما امتد الزمن .

---

(1) يراجع : شرح فتح القدير 4/ 390 – 392 ، الشرح الكبير وحاشية الدسوقى 2 / 514 ، مغنى المحتاج 3 / 563 – 564 ، حاشية البجيرمى 4/ 464 ، 566 ، 487 ، المغنى 11/ 219 ، 220 ، كشاف القناع 5/ 478 ، 479 ، المحلى 9/ 253 ، 254 ، السيل الجرار 2/ 451 ، النيل 14/ 8 ، الفقه الإسلامى للزحيلى 7/ 810 ، 811 ، الوجيز فى أحكام الأسرة د / محمد سلام مدكور 196 ، 197 .

(2) يراجع : شرائع الإسلام 2 / 354 ، فقه الإمام جعفر 5 / 323 ، 333 .

(3) يراجع : مغنى المحتاج 3 / 555 ، 556 ، الجلال المحلى 4/ 77 ، الروض المربع 521 ، المحلى 256/9 ، 261 ، البحر الزخار 4/ 274 ، السيل الجرار 2/ 451 .

(4) يراجع : بدائع الصنائع 4/ 38، والهداية وشرح لعناية وشرح فتح القدير 4/ 401، 402 ، الاختيار 3/ 162 ، 163 .

وأصبحت دينا صحيحا لا يسقط إلا بالأداء أو الإبراء ، فلا تسقط بمضي الزمان [1]
.

فالنفقة واجبة للزوجة فقيرة كانت أو غنية ذات مال ، ما لم تتنازل لزوجها عن بعض هذه النفقات برضاها واختيارها ، فهذا شيء حسن ، به تزداد الحياة الزوجية مودة ورحمة بتعاونهما على تحقيق مطالب الحياة .

وفى ذلك يقول ابن حزم " إن كان الإجماع متفق على وجوب نفقة الزوجة على زوجها سواء كان موسرا أو معسرا حتى ولو كانت موسرة ، إلا أنه يجب عليها إن عجز الزوج عن نفقة نفسه ، وامرأته غنية موسرة ، فإنها تنفق عليه ولا ترجع عليه بشيء إن أيسر لقوله تعالى : **﴿ وعلى الوارث مثل ذلك ﴾** [2] والزوجة وارثة فعليها النفقة " [3] .

فهذا رأى خطير يستحق أن يكون محل نظر ، لأن الحياة الزوجية حياة مشتركة فترتبط فيها سعادة الزوجة وأولادها بسعادة الزوج وكرامته ، وفرض الله المعاشرة بالمعروف عليهما ، وليس من المعروف إلزامه بالنفقة وهو فى عسر وضيق ، وزوجته موسرة تنعم بالمال والثراء والله يقول (وتعاونوا على البر والتقوى) [4] فمعونة الموسر للمعسر من أقرب القربات وأكرم أنواع البر فكيف إذا كان زوجا افتقر بعد غنى وأعسر بعد يسر [5] .

---

(1) يراجع : بدائع الصنائع 4/ 37 ، الشرح الصغير وبلغة السالك 1/ 485 ، 487 ، حاشية الدسوقى 2/ 518 ، مغنى المحتاج 4/ 563 ، الميزان الكبرى الشعرانية 2 / 193 ، كشاف القناع 5 / 469 وما بعدها المغنى 11/ 219 وما بعدها ، المحلى 9/ 253 ، البحر الزخار 4/ 274 السيل الجرار 2/ 451 فقه الإمام جعفر 5/ 326 ، النيل 14/ 8 ، الفقه الإسلامى للزحيلى 7/ 809 – 814 ، الأحوال الشخصية د/ مصطفى السباعى 1/ 285 .

(2) جزء من الآية رقم 233 من سورة البقرة .

(3) يراجع : المحلى 9 / 254 مسألة 1926 .

(4) جزء من الآية رقم 2 من سورة المائدة .

(5) يراجع : قانون الأحوال الشخصية د / مصطفى السباعى 1 / 286 .

ثانيا : الامتناع عن النفقة على الأقارب وكيفية تملكها لمن تجب له جبرا عمن تلزمه :

النفقة على الأقارب من الأصول والفروع واجبة من غير حاجة إلى قضاء القاضى وأما نفقة غيرهم من الأقارب لا تثبت إلا بقضاء القاضى ، أو بالتراضى عند الحنفية .

ويرجع السبب فى ذلك : إلى أن نفقة الأصول والفروع تجب باتفاق الفقهاء فلا يحتاج فى وجوبها إلى حكم حاكم ، أما نفقة الأقارب غيرهم مختلف فى وجوبها بين الفقهاء فيحتاج إلى ما يقويها وهو قضاء القاضى .

وما يدل على أن نفقة الأصول والفروع واجبة من غير قضاء القاضى أن أساس النفقة الجزئية والبعضية بين الطرفين ، والإنسان يجب عليه إحياء نفسه لدفع الهلاك عنها ، وإحياء بعض النفس واجب ، لأنه من إحياء النفس ، وإحياء النفس لا يقف على قضاء القاضى ، فكذلك إحياء البعض ، لذا فنفقة الأباء ، والأولاد واجبة بدون حاجة إلى قضاء القاضى.

أما نفقة الأقارب غير الأصول والفروع كالأخوة ، والأعمام ، فأساسها الصلة ، وليس فيها إحياء بعض النفس لعدم الجزئية والبعضية فتتوقف على قضاء القاضى .

فإذا امتنع القريب من الإنفاق على قريبة المستحق وأصر على الإمتناع مع قدرته ويساره فإنه يحبس ، لأن فى الإمتناع عن النفقة إهلاك للقريب ، وفى الحبس حمل على الإنفاق لحفظ حياة الإنسان ، وهذا أمر واجب شرعا ، ويتحمل القريب الممتنع هذا القدر من الأذى لهذه الضرورة .

فإذا امتنع الأب عن النفقة على أولاده وكان موسرا قادرا على الإنفاق ، فإن القاضى يجبره على أدائها بالطرق المشروعة ، ولو أدى ذلك إلى حبسه ، لأن الأب لا يحبس فى دين ولده إلا فى النفقة ، وإن كان الأب يحبس لامتناعه عن الإنفاق فغيره أولى بالحبس للنفقة لأن الإمتناع إتلاف للنفس ولا يحل للأب ولا لغيره ذلك.

فإن كان للمتنع عن الإنفاق مال من جنس النفقة كالنقود ، والمأكل ، والملبس ، وظفر به مستحق النفقة : فإن كان من الأصول والفروع فله أن يستوفى منه حقه بالإنفاق جبرا عنه أما إن كان من الأقارب غير الأصول والفروع كالأخوة ، والأعمام ، وظفر بجنس حقه . فليس له أخذه قبل قضاء القاضى [1] .

وإن لم يكن للمتنع عن الإنفاق مال من جنس النفقة بأن كان عروضاً، أو عقاراً: باع القاضى عروضه أو عقاره للإنفاق على المستحق للنفقة ، ويكون ذلك ملك إجبار رغما عنه وأجاز جمهور الفقهاء للأب أن يبيع عروض ابنه الغائب بمقدار ما يحتاج إليه وليس له أن يبيع ما يزيد عن مقدار حاجته ، وكذلك ليس لغيره ، بيع عروض الغائب للإنفاق [2] .

فإذا كان حاضرا وامتنع عن الإنفاق وليس لـــه مال ظاهر: أجبره الحاكم على البيع لعروضه أو عقاره فإن امتنع فلولي الأمر حبسه حتى يقوم بدفعها ، أو يتولى القاضى البيع بنفسه ، فيبيع كل يوم جزء بقدر الحاجة ، وقيل : يقترض عليه إلى أن يجتمع ما يسهل بيع العقار لـــه ، لأن نفقة القريب المعسر على قريبه ليست من باب البر والإحسان والتفضل الإختيارى فقط ، بل هى حق واجب وفريضة إلزامية[3].

---

(1) يراجع : شرح فتح القدير 4/ 411 وما بعدها ، بدائع الصنائع 4/ 53 – 54 ، الاختيار 3/ 169 – 170 ، الشرح الكبير وحاشية الدسوقى 2 / 520 – 521 ، بلغة السالك 1 / 487 ، مغنى المحتاج 3/ 570 ، الجلال المحلى 4/ 84 ، حاشية البجيرمى 4/ 455 ، كشاف القناع 5/ 484 ، الشرح الكبير بهامش المغنى 11/ 273 ، المحلى 9 / 267 ، البحر الزخار 4/ 281 ، فقه الإمام جعفر الصادق 5/ 333 ، شرائع الإسلام 2 / 353 – 354 ، شرح كتاب النيل 13/ 622 ، 14/ 51 الأحوال الشخصية د/ محمد مصطفى شحاته 141 ، الأحوال الشخصية د / عبد العزيز عامر 589 .

(2) يراجع : شرح فتح القدير 4 / 411 وما بعدها ، بلغة السالك 1/ 487 ، مغنى المحتاج 3/ 570 كشاف القناع 5/ 484 ، المحلى 9 / 267 ، البحر الزخار 4/ 281 ، شرائع الإسلام 2 / 353 354 ، النيل 14/ 51 . الوجيز في أحكام الأسرة د / محمد مدكور 537 ، 538 .

(3) يراجع : شرح فتح القدير 411/4 وما بعدها ، مغنى المحتاج 750/3، كشاف القناع 484/5، النيل 51/14 .

ولقد ذهب جمهور الفقهاء إلى أن نفقة الأقارب من الأصول والفروع وغيرهما تسقط بمضى الزمان ، لأنها وجبت لدفع الحاجة ، وقد زالت الحاجة بمضي الوقت فتسقط فإذا قضى القاضى بها للأقارب ومضت مدة شهر فأكثر ولم يقبض القريب ولا استدان عليه حتى مضت المدة ، سقطت النفقة ما لم يأذن القاضى بالاستدانة على المنفق المفروض عليه ، لأنها وجبت كفاية وسدا للحاجة فلا تجب للموسرين ، لأنه إذا مضت المدة ولم يقبضها المستحق دل على أنه غير محتاج إليها [1].

واستثنى المالكية ، نفقة الأقارب حالة قضاء القاضى فإنها تصبح متجمدة فى الماضى فلا تسقط بمضى الزمن [2] .

واختلف الفقهاء فى كون النفقة هل تصير دينا فى الذمة أم لا ؟

فقال الحنفية : لا تصير دينا فى الذمة سواء فرضها القاضى أم لا ؟ [3].

وقال المالكية : تصير دينا وتلزم فى حالتين :

1 – أن يفرضها القاضى .

2 – أن ينفق شخص غير متبرع على صغير ثم يرجع على أبيه [4].

وقال الشافعية : تصير دينا فى ثلاث حالات :

1– إذا فرضها القاضى .

2 – إذا أذن له القاضى فى الاقتراض بسبب غيبته .

3– إذا امتنع عن الإنفاق [5] .

---

(1) يراجع : شرح فتح القدير 14/ 426 ، بدائع الصنائع 4/ 53 ، 55 ، المغنى 11/ 250 ، كشاف القناع 5/ 484 ، حاشية قليوبى 4/ 85 ، الفقه الإسلامى للزحيلى 7/ 829 ، الوجيز في أحكام الأسرة د/ محمد مدكور 536 .

(2) يراجع : الشرح الصغير بهامش بلغة السالك 1 / 489 ، حاشية الدسوقى مع الشرح الكبير 2 / 524

(3) يراجع : بدائع الصنائع 4/ 55 ، الاختيار 3/ 170 .

(4) يراجع : حاشية الدسوقى 2 / 524 ، الشرح الصغير بهامش بلغة السالك 1 / 489 .

(5) يراجع : حاشية البجيرمى 4/ 455 ، حاشية قليوبى 4/ 85 ، مغنى المحتاج 3/ 572 .

وقال الحنابلة : لا تصير دينا ولا تلزم ولو فرضها القاضى ما لم يستدين عليه بإذن الحاكم [1] .

ثالثا : الامتناع عن النفقة الواجبة بسبب الملك والإجبار عليها :

أ – امتناع السيد عن الإنفاق على عبده :

إذا امتنع السيد عن الإنفاق على عبده وطلب العبد من القاضي مخاصمة سيده لعدم نفاقه،فإن القاضي يأمره بالنفقة عليه ، فإن أبى : ينظر القاضي : فإن كان العبد يصلح للإجارة يؤاجره وينفق عليه من الأجرة ، أو يبيعه إذا رأى البيع أصلح، ولا يجبر السيد على الإنفاق لقولـــه " صلى الله عليه وسلم " فى الحديث الذى رواه أبو هريرة – رضى الله عنه – " عبدك يقول أطعمني وإلا فبعنى ... " [2] .

وإن لم يصلح العبد للإجارة بأن كان صغيرا أو لم يكن محلا للبيع كالعبد المدبر: فيجبره القاضي على الإنفاق عليه ، لأنه لا يصح بيعه ولا إجارته ، وتركه جائعاً تضييع إلى آدمي فيجبر على الإنفاق ، ولأن الإبقاء عليه مع الإخلال بالواجب عليه من إطعام وكسوة وغير ذلك مما يحتاج إليه بالمعروف إضرار به ، وإزالة الضرر واجبة ، لقول الرسول – صلى الله عليه وسلم – " لا ضرر ولا ضرار " [3] .

فإن امتنع عن الإنفاق وكان له مال ظاهر من جنس النفقة كالدراهم ، والطعام ، والكسوة جاز للعبد أن يأخذ نفقة من مال سيده بغير رضاه جبرا عنه ، لأنه حق واجب عليه وله أن يأخذه جبرا عنه .

---

(1) يراجع : كشاف القناع 5 / 484 ، المغنى 11/ 250 .

(2) الحديث صحيح أخرجه البخارى فى كتاب النفقات 3 / 286 بحاشية السندى ، أحمد فى المسند 2 / 252 واللفظ له وعند البخاري " أفضل الصدقة ما ترك غنى واليد العليا خير من اليد السفلى وأبدأ بمن تعول ، تقول المرأة إما أن تطعمنى وإما أن تطلقنى ، ويقول العبد أطعمنى واستعملنى ، ويقول الإبن أطعمنى إلى من تدعنى ؟ فقالوا يا أبا هريرة : سمعت هذا من رسول الله صلى الله عليه وسلم قال لا هذا من كيس أبى هريرة " .

(3) الحديث سبق تخريجه ص : 173 .

وكذلك إذا كان السيد يعطيه ولكن دون كفايته وكان الرقيق عاجزا عن الكسب فله أن يأخذ من مال سيده بغير رضاه .

(1) وللقاضى حبس السيد فى نفقة عبده كما يحبس فى نفقة القريب فإن امتنع أو غاب ولم يكن للسيد مال ظاهر ، وكان الرقيق عاجزا عن الكسب فيامره القاضى بالاستدانة على سيده حتى يوسر ويرجع عليه أو يعود من غيبته ، فإن كان العبد قادرا على الكسب آجره القاضى وأنفق عليه من كسبه [1] .

ب – امتناع المالك عن النفقة على الحيوان والنبات والجماد :

إن امتنع المالك عن الإتفاق على الدواب التى يملكها فقد اختلف الفقهاء فى ذلك على قولين:

القول الأول : ذهب إليه جمهور الفقهاء : " بعض الحنفية ، والمالكية ، والشافعية والحنابلة، والظاهرية ، والزيدية ، والإمامية ، والإباضية " أنه إذا امتنع المالك عن الإنفاق على بهيمته فإنه يجبر عليه كما يجبر على نفقة زوجته وأقاربه .

فإن كان له مال ينفق منه على الدابة ، وأصر المالك على الإمتناع عن الإنفاق ، فإن القاضى يجبره على واحد من ثلاثة ، إما علفه ، أو بيعه ، أو تركه يذهب إلى مكان أخر يجد فيه ما يأكله ، إن كان الحيوان غير مأكول اللحم ، وإن كان مأكول اللحم زاد عليه أو أن يذبحه .

وللقاضى إذا امتنع عن ذلك أن يجبره على البيع من ماله للنفقة على الحيوان ، فإن امتنع عن البيع فللقاضى أن يبيع من ماله جبرا عنه لينفق على الحيوان، فيجبر

---

(1) يراجع : حاشية رد المحتار على الدر المختار لابن عابدين 2 / 687، شرح فتح القدير 4 / 427 بدائع الصنائع 4/ 57 ، الشرح الكبير وحاشية الدسوقى 2/ 522 ، بلغة السالك 1/ 487 ، 488 حاشية البجيرمى 4/ 459 ، مغنى المحتاج 3 / 587 ، الجلال المحلى وحاشية قليوبى 4/ 93 المغنى 11 / 317 ، كشاف القناع 5/ 492 ، 493 ، المحلى 9 / 261 – 263 ، البحر الزخار 4 / 283 ، السيل الجرار 2 / 454 ، نيل الأوطار 7 / 8 ، سبل السلام 3 / 458 ، شرح كتاب النيل 13/ 622 ، 11/14 ، الأحوال الشخصية د / مصطفى السباعى 1 / 319 ، 320 .

قضاءا وديانة ولأن فى تركه الإنفاق على الحيوان تعذيبا له وتضييعاً للمال ، ونهى رسول الله – صلى الله عليه وسلم – عن ذلك .

فإذا لم يكن للمالك مال ينفق منه على الدابة ، أكراها عليه ... أى آجرها ... إن أمكن كراؤها ، وينفق عليها من أجرة كراءها .

وإن لم يمكن كرائها : باعها القاضى ، لأن ترك الإنفاق ظلم ، والظلم يجب رفعه وإزالته ، فإن أبى فعل الحاكم الأصلح [1] .

القول الثانى : ذهب إليه أبو حنيفة – أنه لا يجبر المالك قضاءا على النفقة على البهائم عند امتناعه ، ولكن يفتى فيما بينه وبين الله أي ديانه أن ينفق عليها ويؤمر على طريق الأمر بالمعروف والنهى عن المنكر ، ولكن يكره كراهة تحريمية ترك الإنفاق لتضييع المال ، لأن الجبر يكون عند الطلب والخصومة من صاحب الحق ولا خصم فلا يجبر [2] .

والحق ما عليه الجمهور من أنه يجبر على الإنفاق على بهائمه عند الامتناع ، ويتصور فيه دعوى حسبة [3] فيجبره القاضى على ترك الواجب .

---

(1) يراجع : شرح فتح القدير 4/ 427 ، 428 ، مختصر اختلاف العلماء للطحاوى 3 / 407 ، بدائع الصنائع 4 / 57 ، 58 ، الشرح الكبير وحاشية الدسوقى 2 / 522 ، الإقناع بهامش حاشية البجيرمى 4 / 461 ، الميزان الكبرى الشعرانية 2/ 195 ، مغنى المحتاج 3/ 590 ، 591 المغنى 11/ 319 ، كشاف القناع 5/ 494 ، 495 ، القواعد لابن رجب 32 ، المحلى 9 / 264 265 ، البحر الزخار 4/ 283 ، 284 ، السيل الجرار 2/ 454 ، نيل الأوطار 7/ 8 ، شرح كتاب النيل 13/ 622 ، 14/ 11 الفقه الإسلامى للزحيلى 7/ 764 ، الأحوال الشخصية – د / مصطفى السباعى 1/ 323 .

(2) يراجع : بدائع الصنائع 4/ 57 ، 58 ، شرح فتح القدير وشرح العناية 4/ 427 ، 428 ، الاختيار 3 / 171 .

(3) الحسبة هى أمر بالمعروف إذا ظهر تركه ، ونهى عن المنكر إذا ظهر فعله . يراجع : السياسة الشرعية د / عبد الله القاضى 598 .

وكذلك إذا امتنع عن الإنفاق على الجمادات من دور وعقارات ، أو على البنات من زروع وثمار فإنه يجبر على الإنفاق لما فيه من تضييع للمال ما لم يكن فى الترك مصلحة [1] .

وقيل : لا يجبر قضاءا ولا يفتي بالوجوب ديانه ما لم يكن هناك تضييع للمال فيكره [2] .

---

(1) يراجع : شرح فتح القدير 4/ 427 ، الشرح الكبير بهامش حاشية الدسوقى 2/ 522 ، مغنى المحتاج 3 / 590 ، المغنى 11/ 319 . المحلى 9 / 264 . السيل الجرار 2/ 454 . النيل 13/ 622 . نيل الأوطار 7 / 8 .

(2) يراجع : بدائع الصنائع 4/ 57 . 58 ، الاختيار 3 / 171 .

الفرع الثانى
تملك من تجب له النفقة جبرا
عمن تلزمه عند امتناعه في القانون الوضعي

تمهيد :

نظرا لابتعاد كثير من الناس عن الإسلام وتعاليمه السمحة التى حثت على البر والإحسان أن ازدادت دعاوى النفقات ، فتجد الإبن أو الزوج رغم يسار حالهما لا يقومان بواجباتهما تجاه آبائهم وأزواجهم وزويهم من حيث الإنفاق عليهم مما يضطر صاحب الحق إلى طلب فرض النفقة من القضاء ، ويجبره القاضى على دفع النفقة الواجبة عليه ويتملكها مستحقها جبرا عنه ، وهذا ما سأوضحه فيما يلى :

أولا : امتناع الزوج عن الإنفاق على زوجته وكيفية تملكها للنفقة الواجبة لها جبرا عنه :

لقد أعطى القانون الوضعى للزوج الحق فى تولى الإنفاق على زوجته كما هى العادة، ولا يلتزم بدفع نفقة لها إلا إذا امتنع عن الإنفاق وثبت تقصيره .

فإذا أدى الزوج ما وجب عليه من النفقة لزوجته سقط عنه هذا الواجب ، ولا يحق لزوجته أن تخالف ضميرها وتطالب بالإنفاق عليها وتدعى أنه لا ينفق عليها وإذا حصل هذا ورفعت الأمر إلى القضاء ، فعلى القاضى أن يتحرى الحقيقة، فإن ظهر صدقها حكم لها بالنفقة ، وألزم الزوج بها ، وإن ظهر كذبها رفض دعواها ، ونصحها أن تعيش مع زوجها فى سلام .

فلذلك إذا امتنع الزوج عن الإنفاق على زوجته فيجوز لها أن ترفع الأمر إلى القضاء وعلى القاضى الذى ينظر الدعوى أن يطالبها بالبينة .

فإذا ثبت ذلك لدى القاضى ، وكان الزوج موسرا له مال ظاهر ممتنع عن الإنفاق حقا باع القاضى من هذا المال الظاهر ما يفى بنفقة الزوجة ، وأعطى الثمن لها لتنفق منه على نفسها .

وإن لم يكن له مال ظاهر ولكنه موسر ، فإن أرادت الزوجة حبسه،أجابها القاضى إلى طلبها ، وحكم على زوجها بالحبس مدة يراها زاجرة له عن ظلمه ومماطلته ولاشك أن هذا أمر يختلف باختلاف الناس ، وما عليه العمل الآن فى المحاكم المصرية ، أن الحبس للزوج الموسر الذى حكم عليه بالنفقة وأمر بالأداء ولكنه امتنع عنه لا تزيد عن ثلاثين يوما ، وإذا نفذ الحبس فعلا فلا يسقط عنه الحق الواجب عليه للزوجة ، ولها أن تحصل على حقها عنده بكافة طرق التنفيذ الاعتيادية ، وليس لها الحق فى المطالبة بحبس الزوج مرة أخرى فى الدين نفسه[1]

كما نصت على ذلك المادة 347 من القانون 78 لسنة 1931 الخاص بشأن لائحة ترتيب المحاكم الشرعية .

فإذا كان الزوج معسرا غير قادر على دفع النفقة : فلا يكون ظالما لها ، ومن ثم فلا يحبس الزوج إلا بتوافر شرطان :

1- أن تكون النفقة مقدرة ويمتنع عن دفعها مدة حتى تصير دينا عليه .

2- أن يكون الزوج موسرا قادرا على دفعها لزوجته ولكنه يماطلها قاصدا الإضرار بها .

فالحبس جائز فى دين النفقة ، وهو وسيلة للضغط على المدين القادر على الوفاء بديونه الممتنع عن الوفاء تعنتا ، وأيضا : الحبس لا يعفيه من تنفيذ الحكم بطريق الحجز على ماله ، فالحبس ليس إلا إكراها بدنيا غير مبرئ للذمة ، فهو سبب للامتناع عن دفع النفقة وليس عوضا عن المبالغ المحبوس من أجلها .

فلو ظهر بعد الحكم بالحبس أن المحكوم عليه معسرا فيوقف تنفيذ حكم الحبس ويفرج عنه فى الحال ما لم يكن محبوسا لسبب آخر [2] .

---

(1) يراجع : موسوعة الأحوال الشخصية . معوض عبد التواب 243 . 244 . الدفوع الموضوعية فى دعاوى النفقات د / مأمون محمد أبو سيف 148 ، 149 ط : دار الثقافة للنشر والتوزيع . الأردن أحكام الأحوال الشخصية : محمد حامد قمحاوى 734 .

(2) يراجع : الوسيط د / عبد الرازق السنهورى 2 / 802 وما بعدها ، موسوعة الأحوال الشخصية معوض عبد التواب 244 . الموجز فى النظرية العامة د / السنهورى 432 .

فإذا أعسر الزوج بنفقة زوجته أو امتنع عن الإنفاق بعد أمر القاضى بالأداء إليها ولم يكن عنده مال ظاهر يستطيع القاضى أن يأمر بالتنفيذ بالنفقة فيه ، فيطلق عليه القاضى فى الحال بدون إمهال متى طلبت الزوجة التطليق .

فأما إذا كان الزوج غائبا غيبة قريبة وله مال ظاهر : نفذ القاضى الحكم عليه بالنفقة ببيع ماله للإنفاق على زوجته ، ولقد أجاز القانون المصرى للزوجة أن تثبت مال زوجها الغائب إن كان دينا أو وديعة عند أحد ، وإثبات عقاره أيضا للحصول على نفقتها .

أما إذا لم يكن له مال ظاهر وكان معلوم المكان أعذره القاضى وأرسل إليه يطلب الإنفاق على زوجته ، ويضرب له مهلة شهر بذلك ، فإن لم يرسل ما تنفق منه زوجته على نفسها ، أو لم يحضر للإنفاق عليها ، طلق عليه القاضى بعد مضى الأجل إذا طلبت الزوجة التطليق ، وإن كان مجهول المكان أو بعيد الغيبة لا يسهل الوصول إليه ، أو مفقودا ، أو مسجونا ، فإن ثبت أن لا مال له تنفق منه الزوجة ، طلق عليه القاضى بعد طلبها [1] .

نفقة المدة الماضية فى حكم القانون 100 لسنة 1985م :

كانت المحاكم الشرعية جارية فيما يختص بنفقة الزوجة عن مدة ماضية على أمرين:

1- قبل فرض النفقة بالتراضي أو بالقضاء تسقط بمضى شهر ولا تصير دينا .

2- بعد فرضها بالقضاء أو بالتراضى تصير دينا ضعيفا وتسقط بالموت أو بالنشوز ما لم تستدين بإذن القاضى أو الزوج .

واستمر ذلك إلى أن رؤى أن فيه غبنا بالمرأة وإجحافا بحقوقها فصدر القانون رقم 25 لسنة 1929 ونص فى المادة الأولى على أن : " نفقة الزوجة تصير دينا من وقت الامتناع بدون توقف على القضاء أو الرضا ، ولا تسقط بمضى شهر أو

---

(1) يراجع : موسوعة الأحوال الشخصية : م / معوض عبد التواب 262 وما بعدها ، أحكام الأحوال الشخصية محمد قمحاوى 612 ، 614 ، قانون الأحوال الشخصية د / مصطفى السباعى 240 .

أكثر ولكن يمتنع سماع الدعوى بها بمضى خمس عشرة سنة ، ودين النفقة لا يسقط إلا بالأداء أو الإبراء ، فأصبح دين النفقة قويا لا يسقط بالموت ، ولا النشوز استدانت أم لا ؟

واستمر ذلك إلى أن رؤى أن فيه إرهاقا للزوج ، لأنه فتح الباب على مصراعية للمرأة ، وأصبح لها الحق أن تطالب بنفقة عنه مدة ماضية حدها الأقصى 15 سنة (خمس عشرة سنة) وصارت كلما قام بينها وبين زوجها نزاع وأرادت مكايدته لجأت إلى القضاء لتدعى عليه بالنفقة عن مدة ماضية تبلغ سنين عديدة مع أنها كانت تعاشره وينفق عليها إلى ما قبل التقاضى بزمن يسير ، وفى هذا إرهاق للزوج .

فلجأ إلى حد وسط يكفى دفع الغبن والإجحاف عن المرأة ، ولا يوقع الزوج فى عنت وإرهاق فأبقى القانون 25 لسنة 1929 وزيدت على المادة 99 من القانون 78 لسنة 1931 الخاص بلائحة ترتيب المحاكم الشرعية " لا تسمع دعوى النفقة عن مدة ماضية لأكثر من ثلاث سنوات نهايتها تاريخ رفع الدعوى " وأصبحت الزوجة لا تمكنها المطالبة للزوج بنفقة عن مدة ماضية على ثلاث سنوات ، ولا عن مدة مضى عليها ثلاث سنوات .

وذلك حتى لا تتراكم ديون النفقة ، ويسهل على القضاء حسم النزاع ، ولحث صاحب الحق أن يبادر إلى المطالبة به [1] .

نظر دعوى النفقة على وجه السرعة :

نصت المادة الأولى من القانون رقم 62 لسنة 1976 الخاص بشأن تعديل بعض أحكام النفقات على أن : " تنظر الدعاوى المتعلقة بنفقة الزوجة أو المطلقة أو الأبناء

---

(1) يراجع : أحكام الأحوال الشخصية محمد قمحاوى 360 ، 361 ، أصول المرافعات الشرعية فى مسائل الأحوال الشخصية د/ أنور العمروسى 375 – 378 ، موسوعة الأحوال الشخصية م / معوض عبد التواب 545 ، 546 ، مجموعة أحكام محكمة النقض طعن 40 لسنة 54ق نقض مدنى جلسة 26/5/ 1987م .

أو الوالدين على وجه الاستعجال ، ولطالب النفقة أن يستصدر أمرا من المحكمة المنظور أمامها الدعوى بتقدير نفقة وقتية له ".

فلقد قرر المشرع الوضعى ضرورة القضاء بنفقة مؤقتة للزوجة وأوجب على القاضى أن يفرض للزوجة ولصغارها فى مدى أسبوعين على الأكثر من تاريخ رفع الدعوى نفقة مؤقتة لحاجتها الضرورية بحكم غير مسبب واجب النفاذ .

ويرجع السبب فى ذلك : ألا تترك الزوجة مدة قد يطول فيها التقاضى دون أن يكون لها مورد تعيش منه ، فكان من واجبات القاضى أن يبادر إلى تقرير نفقة مؤقتة بالمقدار الذى يفى بحاجتها الضرورية .

ولقد كان النفاذ المعجل [1] جوازيا ، مع أن نص المادة 887 مرافعات من القانون 77 لسنة 1949 لازالت سارية يقضى بأن النفاذ المعجل بغير كفالة واجب بقوة القانون بكل حكم صادر بالنفقة أو بأجرة الحضانة .....

وبصدور القانون 62 لسنة 1976 أصبح النفاذ المعجل واجب بقوة القانون لأحكام النفقة أو بأجرة الحضانة أو المسكن للزوجة أو المطلقة أو الأبناء أو الوالدين (المادة الأولى) وتنص المادة 65 من القانون 1 لسنة 2000م على أن : " الأحكام والقرارات الصادرة بتسليم الصغير أو رؤيته أو بالنفقات أو الأجور أو المصروفات وما فى حكمها تكون واجبة النفاذ بقوة القانون وبلا كفالة " [2] .

---

(1) النفاذ : المعجمل هو : ميزة يمنحها القانون للمحكوم له لتنفيذ الحكم الابتدائى قبل أن تستقر حجيته أى قبل انتهاء ميعاد الطعن فيه بالاستئناف ، والحكمة منه : القضاء على المحاولات التسويفية التى قد يقوم بها المحكوم عليه لتأخير التنفيذ . يراجع : الوجيز فى التنفيذ الجبرى د / عبد الحكم شرف 141 ، قواعد التنفيذ الجبرى فى قانون المرافعات د / عزمى عبد الفتاح 138 .

(2) يراجع : أحكام الأحوال الشخصية / محمد قمحاوى 349 ، 637 ، 649 ، 662 ، 663 ، 693 ، 701 ، موسوعة الأحوال الشخصية / معوض عبد التواب 439 ، 530 ، أصول المرافعات الشرعية م/ أنور العمروسى 1022، إجراءات التنفيذ فى المواد المدنية والتجارية . د / أحمد أبو الوفا 88 . وقواعد التنفيذ الجبرى د / عزمى عبد الفتاح 145 ، الوجيز فى التنفيذ الجبرى د / عبد الحكم شرف 152 هامش 2 نفس الصفحة ، مجموعة أحكام محكمة النقض طعن 3780 لسنة 43 نقض مدنى جلسة 1/3/ 1987م .

وتنص **المادة** 69 من القانون رقم 1 لسنة 2000 على أن : " التنفيذ يجرى بمعرفة المحضرين أوجهه الإدارة فيجوز لكل من كان بيده حكم صادر من محكمة شرعية أصدرته وهى تملك هذا الاختصاص أن يطلب تنفيذه بالطرق الإدارية تحت مسئوليته وذلك بأن يقدم إلى الجهات المبينة فيما بعد طلبا محررا على الاستمارة الخاصة بذلك ، ويبدأ بالتنفيذ على النقود الموجودة عينا ، ثم على المنقولات ، ثم على العقار فى حالة عدم وجود منقولات " ، بمراعاة المشرع هذا الترتيب خفف من الضرر بالمدين ولم يلحق غبنا بالدائن ، ويجب على الجهة التى يناط بها التنفيذ أن تبادر إليه متى طلب منها ، وعلى كل سلطة وكل قوة أن تعين على إجرائه ولو باستعمال القوة الجبرية متى طلب منها ذلك [1] .

لذلك نصت المادة الثالثة من القانون 62 لسنة 1976 ، والمادة 72 من القانون 1 لسنة 2000 " على بنك ناصر الاجتماعى أداء النفقات المستحقة للزوجة أو الأبناء أو الوالدين أو الأجور وما فى حكمها مما يحكم به متى طلب المحكوم له ذلك من أحد فروعه أو من الوحدة التابعة لوزارة الشئون الاجتماعية التى يحيل إليها البنك المبالغ المحكوم بها .

على أن تقوم الوزارات والمصالح والهيئات بخصم المبالغ الجائز الحجز عليها لحساب بنك ناصر (مادة 7 من القانون 62 لسنة 1976 المادة 73 من القانون 1 لسنة 2000) [2] .

أما إذا لم يكن المحكوم عليه من ذوى المرتبات أو الأجور والمعاشات وما فى حكمها وجب عليه أن يودع المبلغ المحكوم به خزانة البنك – بنك ناصر – أو أحد

---

(1) يراجع : أصول المرافعات الشرعية م / أنور العمروسى 1025 ، 1026 ، قانون الأحوال الشخصية الجديد رقم 1 لسنة 2000 إبراهيم فايد ص 29 .

(2) يراجع : أحكام الأحوال الشخصية محمد قمحاوى 694 ، أصول المرافعات الشرعية أنور العمروسى ص 1060.

فروعه أو وحدة الشئون الاجتماعية التى يقع محل إقامته فى دائرة أى منهما فى الأسبوع الأول من كل شهر متى قام البنك بالتنبيه عليه بالوفاء .

(المادة الخامسة من القانون 62 لسنة 76 ، والمادة 74 من القانون 1 لسنة 2000)

واستثناءا مما تقرره القوانين فى شأن قواعد الحجز على المرتبات والمعاشات والأجور وما فى حكمها يكون الحد الأقصى لما يجوز الحجز عليه منها وفاءا لدين نفقة أو أجرة حضانة .... فى حدود النسب الآتية :

25 % للزوجة الواحدة ، 40 % أكثر من زوجة ، 25 % للوالدين أو أيهما .

35 % للولدين فأكثر ، 40 % للزوجة وولدين ، 50 % للزوجة وأكثر من ولدين والوالدين ، وفى جميع الأحوال لا يجوز أن تزيد النسبة التى يجوز حجزها عن 50 % أيا كان دين النفقة المحجوز من أجله ، وتقسم هذه النسبة بين المستحقين بنسبة ما حكم به لكل منهم (المادة الرابعة من القانون 62 لسنة 1976 ، والمعدلة بالمادة 76 من القانون 1 لسنة 2000) .

ولدين نفقة الزوجة امتياز على جميع أموال الزوج ويتقدم فى مرتبته على ديون النفقة الأخرى [1] ، ولذلك نصت المادة 8 من القانون 62 لسنة 1976 ، والمعدلة بالمادة 77 من القانون 1 لسنة 2000 على أنه : " عند التزاحم بين الديون تكون الأولوية لدين نفقة الزوجة ثم الوالدين ثم الأقارب ، ثم الديون الأخرى) .

---

(1) يراجع : موسوعة الأحوال الشخصية معوض عبد التواب 537 ، أحكام الأحوال الشخصية محمد قمحاوى 694 ، أصول المرافعات الشرعية أنور العمروسى 1055 .

ثانيا : امتناع القريب عن الإنفاق على قريبه من أصوله أو فروعه أو ذى رحمه المحارم وكيفية تملكه للنفقة الواجبة له جبرا عمن تلزمه :

لقد أعطى القانون الوضعى الحق لمن وجبت له نفقة من الفروع أو الأصول أو الأقارب من ذى الرحم المحارم الوارثين إذا لم يقم من وجبت عليه النفقة بالإنفاق ، أن يرفع الأمر إلى القضاء ، وعلى القاضى الذى ينظر الدعوى أن يتثبت من توافر الشروط الواجبة للإنفاق وامتناع القريب الواجب عليه الإنفاق تعنتا ومماطلة فإن ثبت ذلك لدية أمره بالإنفاق ، فإن امتنع وكان له مال ظاهر باع القاضى من ماله جبرا عنه ، وأعطى مستحق النفقة ما ينفق به على نفسه ، وأما إذا كان موسرا ولم يكن له مال ظاهر، حكم بحبسه ولا تزيد مدته عن ثلاثين يوما ، ومع ذلك لا يمنع الحبس من التنفيذ على ما يظهر من ماله بكافة الطرق الإعتيادية من الحجز على المنقول لديه ، أو لدى الغير ، أو الحجز على العقار ، وإن كان معسرا فلا يحبس[1].

ولقد نصت المادة 347 من القانون 87 لسنة 1931 الخاص بلائحة ترتيب المحاكم الشرعية على أنه " إذا امتنع المحكوم عليه من تنفيذ الحكم الصادر فى النفقات أو أجرة الحضانة أو الرضاع أو المسكن يرفع ذلك إلى المحكمة الجزئية التى بدائرتها محل التنفيذ ومتى ثبت لديها أن المحكوم عليه قادر على القيام بما حكم به وأمرته ولم يمتثل حكمت بحبسه ولا يجوز أن تزيد مدة الحبس عن ثلاثين يوما ، أما إذا أدى المحكوم عليه ما حكم به أو أحضر كفيلا فإنه يخلى سبيله ، وهذا لا يمنع من تنفيذ الحكم بالطرق الاعتيادية " .

---

(1) يراجع : الموجز فى النظرية العامة للالتزامات د / السنهورى 431 ، أصول المرافعات الشرعية أنور العمروسى 252 ، أحكام الأحوال الشخصية محمد قمحاوى 361 ، 411 ، 472 ، 487 ، 686 ، 734 ؛ الأحوال الشخصية عبد العزيز عامر 622 .

وبصدور القانون رقم 1 لسنة 2000 والذى بدأ العمل به فى 1/3/ 2000م لم يكن متضمنا دعوى الحبس التى كان منصوصا عليها فى المادة 347 من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية .

حيث كان مشروع قانون إجراءات التقاضى رقم 1 لسنة 2000 وفى المادة 77 ينص على دعوى الحبس ، وعند الاقتراع عليه بمجلس الشعب ، حذف المجلس هذه المادة اكتفاء بما ورد فى المادة 293 عقوبات .

والتى تنص على " كل من صدر عليه حكم قضائى واجب النفاذ بدفع نفقة لزوجه أو أقاربه أو أصهاره .... وامتنع عن الدفع مع قدرته عليه مدة ثلاثة شهور بعد التنبيه عليه بالدفع يعاقب بالحبس مدة لا تزيد على سنة وبغرامة لا تتجاوز خمسمائة جنيه أو بإحدى هاتين العقوبتين .

ولقد أثار إلغاء دعوى الحبس مشاكل قانونية واجتماعية عدة ، إذ أن المشرع استحدث هذا القانون بقصد تيسير إجراءات التقاضى ، وفى العمل بالمادة 293 عقوبات إطالة لأمد التقاضى ، لذلك عدل المشرع واستحدث دعوى الحبس بإضافة نصيبين إلى القانون 1 لسنة 2000م بالقانون 91 لسنة 2000 هما المادة 9 بند 9والمادة 76 مكرر ، والتى نصت الأخيرة على أنه : " إذا امتنع المحكوم عليه عن تنفيذ الحكم النهائى الصادر فى دعاوى النفقات والأجور وما فى حكمها جاز للمحكوم له أن يرفع الأمر إلى المحكمة التى أصدرت الحكم أو التى يجرى التنفيذ بدائرتها ، ومتى ثبت لديها أن المحكوم عليه قادر على القيام بأداء ما حكم به وأمرته بالأداء ولم يمتثل ، حكمت بحبسه مدة لا تزيد على ثلاثين يوما ، فإذا أدى المحكوم عليه ما حكم به أو أحضر كفيلا يقبله الصادر لصالحه الحكم ، فإنه يخلى سبيله وذلك كله دون إخلال بحق المحكوم له فى التنفيذ بالطرق العادية [1] .

---

(1) يراجع : أصول المرافعات الشرعية م / أنور العمروسى 252 ، الأحوال الشخصية د / عبد العزيز عامر 622 ، الصيغ القانونية للنفقة وطرق تنفيذها على ضوء القانون 1 لسنة 2000 والقانون 91 لسنة=

ونفقة الصغير لا تسقط بمضى المدة وتستحق من تاريخ الامتناع ، أما نفقة الأصول والحواشي فتسقط بمضى شهر ما لم يكن قد استدان بإذن القاضى فلا تسقط ولا تسمع عن مدة ماضية وما قيل فى نفقة الزوجة وامتناع الزوج ينطبق على الأقارب من نظر الدعوى على وجه السرعة ووجوب النفاذ المعجل لأحكام النفقة ، وأن التنفيذ يجرى بمعرفة المحضرين أو جهة الإدارة ، وما يجوز الحجز عليه وفاءا لدين النفقة ، وتقرير نفقة وقتية " فنحيل إليه لعدم التكرار .

=2000 ، أمانى السكرى ص73 وما بعدها ط : 2000م ، قانون العقوبات المصرى د / أحمد صبرى سعد ص 492 ، 493 ، الدار القومية للطباعة والنشر .

الفرع الثالث

الموازنة بين موقف الفقه الإسلامى والقانون الوضعى

من تملك من تجب له النفقة جبرا عمن تلزمه عند امتناعه

بعد بيان موقف الفقه الإسلامى والقانون الوضعى (قانون الأحوال الشخصية) من هذه المسألة يتضح ما يأتى :

لقد اتفق القانون الوضعى مع الفقه الإسلامى فى كثير من الأحكام ولم لا وقد قلت أن قانون الأحوال الشخصية مستمد من أحكام الشريعة الإسلامية ومن المذاهب الفقهية المختلفـــة.

1 – فقد اتفق مع الفقه الإسلامى فى أنه إذا امتنع الزوج أو القريب عن الإنفاق رفعت الزوجة الأمر إلى القضاء ليجبره على الإنفاق أو يبيع القاضي من ماله ليعطى مستحق النفقة ما ينفق به على نفسه .

إلا أن القانون الوضعى لم يبح لمستحق النفقة إذا ظفر بجنس حقه من النفقة أن يأخذه بدون تقاضى بل لابد من رفع الأمر للقضاء ليتولى ذلك على خلاف ما ذهب إليه الفقه الإسلامى من جواز ذلك .

وذلك لوجود دولة القانون فى كل المجتمعات وأن الإنسان لا يستطيع أن يقتص لنفسه بل لابد من الرفع للقضاء .

2 – وكذلك اتفق القانون مع الفقه فى جواز الحبس للممتنع وأن ذلك لا يعفيه من التنفيذ على ماله منقولا ، أو عقارا للوفاء بدين النفقة .

3 – وكذلك اتفق القانون مع الفقه فى سقوط نفقة الأقارب بمضى شهر ما لم يستدين إلا أن القانون نص على سقوط نفقة الزوجة بمرور أكثر من ثلاث سنوات فى حين أن الفقه الإسلامى قال : لا تسقط إلا بالأداء أو الإبراء مهما امتد الزمن .

فلذا أرى أن القانون الوضعى قد اتفق مع الفقه الإسلامى فى أغلب الأحكام وأن كليهما أباح التملك الجبرى ، حيث أجاز للزوجة والأقارب المستحقين للنفقة على قريبهم أن يتملكوا قدر نفقتهم من ماله جبرا عنه عن طريق الالتجاء إلى القضاء ليجبره على الدفع أو يبيع من ماله ليعطى لهم قدر ما يستحقونه .

هذا والله أعلم ،،،

الفصل الثانى
التملك الجبرى عن طريق الأخذ بالشفعة

وفيه أربعة مباحث :

المبحث الأول : تعريف الشفعة ومشروعيتها .

المبحث الثانى : شروط استحقاق الشفعة .

المبحث الثالث : من تثبت له الشفعة .

المبحث الرابع : كيفية التملك الجبرى بالشفعة .

المبحث الأول
تعريف الشفعة ومشروعيتها

وفيه ثلاثة مطالب :

المطلب الأول : تعريف الشفعة ومشروعيتها فى الفقه الإسلامى .

المطلب الثانى : تعريف الشفعة ومشروعيتها فى القانون الوضعى .

المطلب الثالث : الموازنة بين موقف الفقه الإسلامى والقانون الوضعى من تعريف الشفعة ومشروعيتها .

المطلب الأول
تعريف الشفعة ومشروعيتها فى الفقه الإسلامى

تمهيد :

تعد الشفعة أثرا من آثار عقد البيع ، لأنها ناتجة عنه ومترتبة عليه ، وإن قال بعض الفقهاء أنها من أسباب الملك فإنها ليست سببا اختياريا بل تعد من نزع الملك جبراً عن صاحبه .

فالشفعة نوع من العقود التى لا يشترط فيها توافق إرادة البائع والمشترى ، والتى تتم قهرا دون اعتبار لجانب الرضا من المشترى الأول فتعد من الحالات الاستثنائية التى أباح فيها الشارع الحكيم التملك من غير رضا من مالكه .

فهى وسيلة من وسائل دفع الضرر التى تعطى الحق فى تملك المال المشفوع فيه من مالكه الجديد ولو جبرا بما قام عليه من الثمن والتكاليف عند تعارض المصلحتين وظهور أنّ المصلحة الأخرى أولى بالاعتبار والعناية .

فالشفعة صورة من صور تملك مال الغير بغير رضاه تملكا طيبا لا خبث فيه وشرعها نعمة للإنسان ففيها حمايته من الأضرار المتوقعة بسبب سوء المشاركة أو الجوار ، ورحمته من معاملة من يضاده فى الطباع والأخلاق [1].

وفيما يلى توضيح تعريف الشفعة ومشروعيتها فى الفقه الإسلامى على النحو التالى:

أولا : تعريف الشفعة :

الشفعة فى اللغة :

الشفعة لغة مأخوذة من الشفع ، وهو الضم والزيادة ، ضد الوتر يقال : شفع الشيء شفعا : ضم مثله إليه وجعله زوجا ، وشفعت الركعة : جعلتها ثنتين ، فتقول: كان وترا فشفعته شفعاً.

والشفيع : صاحب الشفاعة ، وهو من له أن يأخذ العقار بالشفعة جبرا ، فيضم العقار المبيع إلى ملكه ويتملكه بهذا الحق ويضمه إلى نصيبه بعد أن كان منفردا فى ملكه .

---

(1) يراجع : مجلة البحوث الفقهية المعاصرة العدد 44 ص 58 السنة الحادية عشر (حق التملك د / حسين سمرة) الملكية ونظرية العقد فى الشريعة الإسلامية للإمام محمد أبو زهرة ص 150 ، نزع الملكية للمنفعة العامة بين الشريعة والقانون د / سعد محمد خليل ص 78 ط : دار السلام الطبعة الأولى 1993م

والشفعة من شفع بمعنى زاد ، ومنه شاة شافع : إذا كان معها ولدها ، لأنه زادها فالشفيع بشفعته يزيد ملكه بسبب الشفعة ، ومنه قوله تعالى : ﴿ من يشفع شفاعة حسنة يكن له نصيب منها .... ﴾ (1) .

أى من يزيد عملا إلى عمل (2) .

وتطلق الشفعة على الإعانة والتقوية ، فيقال : شفع فلان لفلانٍ فى كذا : أى طلب الإعانة له عليه .

وتستعمل بمعنى الملك المشفوع أو التملك ، فهى تعطى الحق فى تملك العقار جبرا على مشتريه بشروطه التى وضعها الفقهاء (3) .

الشفعة شرعــا :

لقد اختلفت تعاريف الفقهاء للشفعة تبعا لاختلافهم فى بعض الأحكام المتعلقة بها عندهم وذلك على النحو التالى :

فلقد عرفها الحنفية بأنها : حق التملك فى العقار لدفع ضرر الجوار .

وقيل : تملك البقعة المشتراة بمثل الثمن الذى قام على المشترى .

والتعريف الأول عندهم أصح حيث إن حقيقة الشفعة مجرد حق التملك دون حقيقة التملك (4) .

وعرفها المالكية بأنها :

استحقاق شريك أخذ ما عاوض به شريكه من عقار بثمنه أو قيمته بصيغة (5).

---

(1) جزء من الآية رقم 85 من سورة النساء .

(2) يراجع : أحكام القرآن لابن العربى 1 / 587 .

(3) يراجع : لسان العرب لابن منظور 8 / 183 باب العين فصل الشين وما بعدها ط : دار صادر بيروت ، المصباح المنير للفيومى 191 ، المعجم الوسيط 512 ، 513 .

(4) يراجع : الفتاوى الهندية 5 / 160 ، ط : دار المعرفة ، تكملة شرح فتح القدير 9 / 369 . مجمع الأنهر 2 / 472 ، ط : دار إحياء التراث العربى ، تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق للزيلعى 5 / 239 ط: دار المعرفة .

(5) يراجع : شرح حدود ابن عرفه 2 / 474 ، الشرح الصغير بهامش بلغة السالك 2 / 209 . 210 .

والمراد بالاستحقاق : طلب الشريك أخذ مبيع شريكه أو عدمه ، وليس المراد منه رفع ملك شيء بثبوت ملك قبله [1] .

وعرفها الشافعية بأنها :

حق تملك قهرى يثبت للشريك القديم على الحادث فيما ملك بعوض [2] .

وعرفها الحنابلة بأنها :

استحقاق شريك انتزاع حصة شريكه المنتقلة عنه من يد من انتقلت إليه [3] .

أما الظاهرية فلقد جاءت الشفعة عندهم مطلقة ولم يضعوا لها تعريفا محددا ، فقالوا : "الشفعة واجبة فى كل جزء بيع مشاعا غير مقسوم بين اثنين فصاعدا من أي شيء كان مما ينقسم ومالا ينقسم " [4] .

وعرفها الزيدية بأنها :

أخذ الشريك الجزء الذى باعه شريكه من المشترى بما اشتراه به .

أو هى: انتقال حصة شريك إلى شريك كانت انتقلت إلى أجنبى بمثل العوض المسمى[5] .

وعرفها الإمامية بأنها :

استحقاق أحد الشريكين حصة شريكه بسبب انتقالها بالبيع على أن يتملكها من المشترى رضى أو لم يرض، أو هى : استحقاق الشريك المخصوص على المشترى تسليم المبيع بمثل ما بذل منه أو قيمته [1].

---

(1) يراجع : بلغة السالك لأقرب المسالك إلى مذهب مالك للصاوى 2 / 210 .

(2) يراجع : شرح المنهج للشيخ زكريا الأنصارى بهامش حاشية الجمل 3 / 498 ط : دار الفكر أسنى المطالب 2/ 363 ، حاشية قليوبى 3 / 42 ، مغنى المحتاج 2 / 400 .

(3) يراجع : المغنى لابن قدامة 7 / 142 ط : دار الحديث ، كشاف القناع 4 / 134 ، العدة 275 شرح الزركشى على مختصر الخرقى 4 / 185 ، الإنصاف للمرداوى 6 / 250 ط : دار إحياء التراث – بيروت .

(4) يراجع : المحلى لابن حزم 8 / 3 ، مسألة رقم 1595 ط : المكتبة التجارية – دار الفكر – بيروت.

(5) يراجع : الروض النضير 3 / 337 ، البحر الزخار 3/5 ، نيل الأوطار 5 / 396 .

وعرفها الإباضية بأنها :

أخذ الشريك الشقص المشترى بالثمن الذى وقع فيه المبتاع أو بقيمة ما به الشراء إن لم يكن له مثل [2].

نظرة فى التعاريف :

بالنظر فى تعاريف الشفعة السابقة عند الفقهاء لوحظ ما يأتى :

أ – **أن تعريف الحنفية للشفعة أثبت الشفعة للجار بمنطوق [3]** التعريف ، وتثبت للشريك بالمفهوم ، لأن اتصال الشريك أقوى من اتصال الجار ، فإذا ثبتت الشفعة للجار فإنها تثبت للشريك من باب أولى .

أما بقية التعاريف فى المذاهب الأخرى ، فقد قصرت الشفعة على الشريك لعدم وجود دليل صحيح عندهم يفيد ثبوتها للجار كما سيتضح ذلك عند الحديث فى المبحث الثالث عن من تثبت له الشفعة .

ب– لقد أثبت تعريف الحنفية ، والمالكية للشفعة أن محلها العقار ، وأن العلة هى دفع الضرر من الجوار أو الشركة .

أما تعريف الشافعية والحنابلة فى ظاهره يشمل العقار والمنقول ، إلا أنهم لا يرون الشفعة إلا فى العقار وما فى حكمه ، كما سيتضح ذلك فى المبحث الثانى عند الحديث عن شروط الآخذ بالشفعة فلذا تعريفهما غير مانع .

بينما الظاهرية والزيدية ، والإمامية ، والإباضية ، يرون الشفعة فى كل شيء عقارا أو منقولا .

---

(1) يراجع : شرائع الإسلام للحلى 3/ 253 ، فقه الإمام جعفر الصادق 4/ 123 .

(2) يراجع : شرح كتاب النيل وشفاء العليل لأطفيش 320/11 / 321 .

(3) المنطوق هو : ما دل عليه اللفظ فى محل النطق : أى يكون حكما للمذكور وحالا من أحواله . يراجع : الإحكام فى أصول الأحكام للآمدى 3/ 66 ، إرشاد الفحول للشوكانى 2/ 519 .

فالذين يرون ثبوت الشفعة للشريك صاغوا تعاريفهم بناءا عليه وهم جمهور الفقهاء والذين لم يرو حصر الشفعة فى الشريك تأثروا بذلك فصاغوا التعريف بما يتناسب ووجهة نظرهم وهم الحنفية .

جـ - وجملة التعاريف تفيد أن الشفعة حق للشريك أو للجار بهذا الحق يتملك الشريك أو الجار العقار ممن انتقل إليه بمعاوضته قهرا عنه إذا دفع الثمن أو القيمة، وسمى هذا الحق بالشفعة وصاحبه بالشفيع والحصة المبيعة بالمشفوع فيه ، وحصة الشفيع بالمشفوع به .

وبناء على ذلك أرى أن التعريف المختار للشفعة هو : " استحقاق الشريك انتزاع حصة شريكه من يد من انتقلت إليه بعوض مالى بثمنه الذى استقر عليه العقد وتكاليفه من رسم تسجيل ونفقات [1] .

ثانيا : مشروعية الشفعة :

لقد ذهب جمهور العلماء من السلف والخلف إلى مشروعية الشفعة وإباحتها ، وأنها حق اختيارى للشفيع له أن يطالب به ، وإن كان البعض قد ذهب إلى عدم مشروعيتها فإن هذا شاز ينزل منزلة العدم [2] وسيتضح ذلك فى مشروعيتها بالإجماع :

---

(1) يراجع : الملكية فى الشريعة الإسلامية للشيخ على الخفيف 265 ، الشفعة بين الشريعة والقانون ، د/ حسن عجوة 14 وما بعدها ط : 1405 هـ ، بحوث فقهية فى قضايا اقتصادية معاصرة د / محمد سليمان الأشقر ، د/ ماجد محمد أبو رجنة 2 / 500 وما بعدها.

(2) يراجع : بدائع الصنائع 5/ 6 ، تكملة شرح فتح القدير 9/ 370 ، الاختيار لتعليل المختار للموصلى 2 / 63 ، طبعة قطاع المعاهد الأزهرية 1420 هـ ، المنتقى 6 / 199 ، مسالك الدلالة 259 المعونة 2 / 227 ، البيان العمرانى 7 / 97 ، الحاوى الكبير للماوردى 9 / 4 ، أسنى المطالب 2 / 363 . حاشية البجيرمى 3 / 539 ، المغنى 7 / 142 ، شرح الزركشى على مختصر الخرقى 4 / 185 ، المحلى 8 / 3 ، السيل الجرار 3 / 169 ، البحر الزخار 5/ 4 ، الروضة الندية 2 / 127 ، فقه الإمام جعفر الصادق 4 / 123 ، شرح كتاب النيل 11 / 322 .

ولقد ثبتت مشروعية الشفعة بالسنة ، والإجماع :

من السنـــــة :

وردت أحاديث كثيرة متعددة تدل على مشروعية الشفعة منها ما يلي :

1 – ما روى عن جابر بن عبد الله – رضى الله عنه – قال : " قضى رسول الله – صلى الله عليه وسلم – فى الشفعة فى كل ما لم يقسم ، فإذا وقعت الحدود وصرفت الطرق فلا شفعة" [1].

2 – ما روى عن جابر – رضى الله عنه – أن النبى – صلى الله عليه وسلم – قضى بالشفعة فى كل شرك لم يقسم ربعة [2] أو حائط [3] لا يحل له أن يبيع حتى يستأذن شريكة فإن شاء أخذ وإن شاء ترك فإن باع ولم يستأذنه فهو أحق به " [4].

3– ما روى عن جابر– رضى الله عنه – قال : قال النبى – صلى الله عليه وسلم– " الجار أحق بشفعة جاره ينتظر بها وإن كان غائبا إذا كان طريقهما واحد" [5].

---

(1) الحديث صحيح أخرجه البخارى فى كتاب الشفعة 9/ 313 ح / 2257 ، ط : مكتبة الكليات الأزهرية ، أبو داود فى كتاب البيوع باب النفقة 3 / 284 ح / 3514 ، والترمذى فى الشفعة 3 / 652 ، 653 ح : 1370 ، ط : دار إحياء التراث العربى ، النسائى فى الشفعة 7 / 321 ، وابن ماجة 2 / 834 ، 835 ح / 2499 ، وأحمد فى المسند 3 / 399 ، وابن حبان 7 / 310 ح / 5161 ، 5162 .

(2) الربعة : الدار والمسكن : الربع : وهو المنزل الذى ينزلون فيه فى زمن الربيع ، والمربع : الدار وما حول الدار والمنزل والحى.

يراجع : مختار الصحاح 121 ، المصباح المنير 132 ، المعجم الوسيط 348 ، 349 ، نيل الأوطار 5 / 398 ، شرح النووى على صحيح مسلم 11/ 223 .

(3) الحائط : الجدار ، والبستان ،جمع : حيطان وحوائط ، والبستان : جنينه فيها نخيل ، أو حائط فيه نخيل متفرقة يمكن الزراعة بينهما ، جمع بساتين ، وإن كانت الأشجار ملتفة لا يمكن الزراعة بينهما فهى : الحديقة . يراجع : المصباح المنير 97 ، المعجم الوسيط 75 ، 229 ، التعريفات للجرجانى 65 .

(4) الحديث صحيح أخرجه مسلم فى باب الشفعة 11/ 223 ، ح / 1608 ، أبو داود فى الشفعة 3 / 283 ، 284 ح / 3513 ، النسائى 7 / 320 ، أحمد فى المسند 5/ 326 ، وابن حبان فى صحيحه 7 / 308 ح / 5155 ، 5156.

(5) الحديث أخرجه أبو داود فى باب الشفعة 3/ 284 ح / 3518 ، والترمذى 3/ 651 ح / 1369 وابن ماجه فى الشفعة 2/ 833 ح / 2494 ، وأحمد فى المسند 3/ 303 ، وقال : أبو عيسى حديث حسن صحيح ورجاله ثقات .

4 – ما روى عن سمرة بن جندب – رضى الله عنه – عن النبى – صلى الله عليه وسلم – قال : " جار الدار أحق بالدار من غيره " [1] .

5 – ما روى عن الشريد بن سويد [2] قال : قلت يا رسول الله : أرض ليس لأحد فيها شرك ولا قسم إلا الجوار ، فقال " صلى الله عليه وسلم " الجار أحق بسقبه [3] ما كان " [4] .

وجه الدلالة من هذه الأحاديث على مشروعية الشفعة :

تدل هذه الأحاديث وأمثالها على مشروعية الشفعة وأنها مباحة ، وأن هذا الحق ثابت فى الشريعة الإسلامية للشفيع ، فلو لم تكن مشروعة ومباحة وحقا لطالبها ، ما صح عن النبى – صلى الله عليه وسلم – أن يقضى بها ، وقضاء النبى – صلى الله عليه وسلم – بها دليل على إباحتها وأنها حق للشفيع يحكم له بها إذا طلبها [5] .

من الإجمـــاع

لقد ثبتت مشروعية الشفعة بالإجماع عند أهل العلم .

حيث قال ابن المنذر : أجمع أهل العلم على ثبوت حق الشفعة للشريك الذى لم يقاسم فيما بيع من أرض أو دار أو حائط .

---

(1) الحديث : أخرجه أبو داود فى الشفعة 3/ 284 ح / 3517 ، والترمذى 3/ 650 ح / 1368 وأحمد فى المسند 5/ 8 ، وابن حبان وصححه 7 / 309 ح 5159 ، وقال أبو عيسى حديث حسن صحيح .

(2) الشريد : هو أبو عمرو الشريد بن سويد الثقفى الحجازى الصحابى – رضى الله عنه – وهو الذى سماه الرسول – صلى الله عليه وسلم – الشريد ، بايع بيعة الرضوان ، روى عن النبى – صلى الله عليه وسلم – فى الشفعة ، وروى عن ابنه عمرو ، ويعقوب بن عاصم وغيرهما . يراجع : أسد الغابة فى معرفة الصحابة 2 / 520 ، 521 رقم 2429 ، تهذيب الأسماء واللغات 1 / 233 .

(3) السقب : القرب والمجاورة ، وقيل : الجار أحق بسقبه : أى بقربة وفسر بالشفعة ، لأن السقب ما قرب من الدار ويروى بالصاد المهملة والمعنى واحد ، فيقال : الصقب : أى المجاور بما يليه ويقرب منه . يراجع : مختار الصحاح 152 ، المصباح المنير 169 ، المعجم الوسيط 460 ، 543 ، نيل الأوطار 5 / 400 .

(4) الحديث اصحيح أخرجه البخارى فى الشفعة 9/ 314 ح/ 2258 ، وأبو داود فى الشفعة 3/ 284 ح/ 3516، والنسائى 7/ 320 ، وابن ماجه 2/ 834 ح/ 2496 ، وأحمد فى المسند 4/ 388 389 ، وابن حابن فى صحيحه 7/ 309 ح/ 5157 ، والحديث ورد عن البخارى وابن حبان وأحمد : عن أبى رافع بن الشريد.

(5) يراجع : شرح النووى على صحيح مسلم 11/ 223 ، نيل الأوطار 5/ 396 وما بعدها ، سبل السلام 3/ 154، الشفعة بين الشريعة الإسلامية والقانون الوضعى د / حسن عجوة 20 ، 21 .

ولم يعلم فى ثبوتها خلاف إلا ما روى عن جابر بن زيد [1] وأبو بكر الأصم [2] الذين قالا بعدم إباحة الشفعة ، لأنها ليست حقا للشفيع أن يطالب به " .

ولقد قال الأصم : فى ثبوت الشفعة إضرار بأرباب الأملاك ، فالمشترى إذا علم أنه يؤخذ منه إذا اتباعه لم يبعه ، ويتقاعد الشريك عن الشراء فيستضر المالك ، والله ينهى عن أكل أموال الناس بالباطل ، والرسول – صلى الله عليه وسلم – ينهى عن أخذ مال الغير بغير رضا ، والشفعة ليس فيها رضا .

ويجاب عن ذلك : بأنه لا عبرة بقول من خالف الإجماع لأنه وجد بعده ، وقيل : لعل ذلك لم يصح عن جابر ، وقيل : لا عبرة بقول الأصم فإنه عن الحق أصم "[3].

وأيضا : الشركاء يبيعون ولا يعدم من يشترى منهم غير شركائهم ولم يمنعهم استحقاق الشفعة من الشراء ، وإذا لحقه بذلك مشقة فله أن يقاسم ويسقط استحقاق الشفعة .

وما روى فى الشفعة وإن لم يكن متواترا ، أو أنه مخالف للأصول بأن من ملك شيئا بالشراء فلا يجوز لغيره أخذه ، هذا خلاف ما ثبت عن الرسول – صلى الله عليه وسلم – ولا حجة فى نظر مع حكم ثابت عن رسول الله – صلى الله عليه وسلم – والعمل به مستفيض يجعل الخبر كالمتواتر ، والمشترى يعاوض بما بذله فيصل إليه ، ولا يستحل منه شيء بغير وجه حق ، لأنه واجب لدفع الضرر عن

---

(1) جابر بن زيد هو : أبو الشعثاء جابر بن زيد الأزدى البصرى ، التابعى ، اتفقوا على جلالته وتوثيقه وهو معدود من أئمة التابعين وفقائهم وله مذهب ينفرد به ، سمع ابن عباس، وابن عمر، وغيرهما ، وروى عنه عمرو بن دينار ، وقتادة ، وغيرهما ، توفى " رحمه الله تعالى " سنة 93 هـ وقيل سنة 103هـ . يراجع : شذرات الذهب 1/ 101 ، البداية والنهاية 9 / 93 وما بعدها ، تهذيب الأسماء واللغات 1 / 148 ، 149 .

(2) أبو بكر الأصم : هو عبد الرحمن بن كيسان الأصم أبو بكر المعتزلى ، صاحب المقالات فى الأصول كان من أفصح الناس وأورعهم وأفقههم ، وله تفسير عجيب ، ومن تلامذته إبراهيم بن إسماعيل بن عليه . توفى سنة 320 هـ ، وقال إمام الحرمين الجوينى ، لا يعتد بالأصم فى الإجماع والخلاف . يراجع : لسان الميزان للحافظ شهاب الدين ابن حجر العسقلانى 3/ 427 تهذيب الأسماء واللغات 2 / 572 .

(3) يراجع : تكملة المجموع الثانية للشيخ محمد المطيعى 14/ 302 ، المغنى والشرح الكبير 5/ 460 دار الكتاب العربى .

نفسه ، فالحرية ليست مطلقة فى الحصول على الأموال والتعاقدات بل هى مقيدة بمنع لحوق الضرر بالغير لقوله – صلى الله عليه وسلم – " لا ضرر ولا ضرار"[1].

وأحاديث الشفعة مخصصة لعموم حديث " لا يحل مال امرئ مسلم إلا بطيب من نفسه "[2].

والقول بمشروعية الشفعة فيه ملاءمة لروح العدل والإنصاف برفع الضرر الذى قد يصيب الشريك أو الجار إذا لم يأخذ مبيع شريكه أو جاره بالشفعة [3] .

حكمة مشروعية الشفعة :

نظام الشفعة هو أحد النظم التشريعية التى يمتاز بها الفقه الإسلامى ، وهو نظام لابد منه إذ يمنع الكثير من الأضرار ، ويدفع غير قليل من الخصومات .

فثبوت حق الشفعة للشفيع جبرا عن المالك يتفق مع أصول الشريعة وغايتها ، هذه الأصول التى تحتم رعاية المصلحة العامة لا رعاية مصلحة فرد بعينه ، فلذلك كان للشفيع أن يتملك العقار المبيع جبرا عمن اشتراه ، وإن كان الأصل فى البيع والشراء رضا المتعاقدين لأن تملكه للعقار الذى اشتراه الأجنبى جبرا عنه يدفع عنه ما قد يتوقع من ضرر قد يصيب الشريك بسبب مشاركته شخصا قد لا تؤمن عواقبه ، أو من ضرر يصيب الجار من جار جديد قد يكون غليظ القلب والطبع ودنى الخلق لا تؤمن شروره ، وهذا إلى ما يكسبه الشفيع بها من سعة فى سكنه أو

---

(1) الحديث سبق تخريجه ص 173 .

(2) الحديث : سبق تخريجه ص 79 .

(3) يراجع : المبسوط للسرخسى 14/ 90 ط : دار المعرفة ، بلغة السالك 2 / 210 ، البيان العمرانى 7 / 99 ، تكملة المجموع الثانية للمطيعى 14/ 302 ، مغنى المحتاج 2 / 400 ، المغنى 7/ 142 143 ، ط : دار الحديث ، كشاف القناع 4/ 134 ، المحلى 8 / 7 ، 8 ، الروض النضير 3 / 337 ، فقه الإمام جعفر الصادق 4 / 123 ، شرح كتاب النيل 11 / 322 ، الإجماع لابن المنذر ص 95 ، رقم 509 ، نيل الأوطار 5 / 396 ، الشفعة بين الشريعة والقانون د / حسن عجوة 23 ، 24 .

أرضه تذهب بما كان فيه من عنت لضيق فى مسكنه أو أرضه يذهب بما كان يحول دون الإحسان فى استغلالها والاستزادة من نمائها .

والضرر يجب أن يزال وأن يجتنب ما أمكن لقوله صلى الله عليه وسلم " لا ضرر ولا ضرار " [1] وخاصة إذا كان يصيب الجار الذى أمر الرسول صلى الله عليه وسلم بإكرامه والإحسان إليه بقوله – صلى الله عليه وسلم - فى الحديث الذى رواه أبو هريرة رضى الله عنـــه " من كان يؤمن بالله واليوم الأخر فليقل خيرا أو ليصمت " ، ومن كان يؤمن بالله واليوم الآخر فليكرم جاره ومن كان يؤمن بالله واليوم الآخر فليكرم ضيفه " [2] فمن محاسن هذه الشريعة وعدلها ورودها بالشفعة حيث اقتضت حكمة الشارع رفع الضرر عن المكلفين ما أمكن ذلك ، فإن لم يمكن رفعه إلا بضرر أعظم منه أبقاه على حاله ، وإن أمكن رفعه بالتزام ضرر دونه رفعه به ، وقد يكون فى الشركة أو الجوار ضرر لقوله تعالى : **﴿ وإن كثيرا من الخلطاء ليبغى بعضهم على بعض .... ﴾** [3].

فإذا أراد أحد الشريكين بيع نصيبه وأخذ عوضه كان شريكه أحق به من الأجنبى، وهو يصل إلى غرضه من العوض من أيهما ، فكان الشريك أحق بدفع العوض من الأجنبى ويزول عنه الضرر ، ولا يتضرر البائع ، لأنه يصل إلى حقه من الثمن .

فهذا من أعظم العدل وأحسن الأحكام المطابقة للعقول ومصالح العباد ، فلذا أجمع العلماء أن الشفعة شرعت لرفع الضرر أيا كان هذا الضرر سواء كان ناشئا عن الضرر اللاحق بالقسمة، أو الشركة ، أو الجوار ، فالشفعة مشروعة لحكمة اتقاء الضرر الذى قد يحصل للشفيع إذا لم يأخذ المبيع بالشفعة ، ويكفى أن يكون هذا الضرر مظنونا أو محتملا ، ولا يشترط كونه محققا، لأنه لا يعلم من أمر

---

(1) الحديث سبق تخريجه ص 173 .

(2) الحديث أخرجه البخارى فى إكرام الجار باب حفظ اللسان 23/ 98 ، 99 ح / 6475 ط : الكليات الأزهرية. مسلم فى صحيحه فى كتاب الإيمان باب 19 الحث على إكرام الجار 2/ 214 ، 215 ح / 74 ط : دار المنار .

(3) جزء من الآية رقم 24 من سورة ص .

الشريك الجديد شيئا ، ولو وجب ضرورة تحقق الضرر على الشفيع ، لسلب منه حقه وكلف ما ليس فى وسعه ، ووقع فى الضرر بالفعل .

فإذا كان الأصل عدم انتزاع الملك من صاحبه إلا برضاه لما فيه من الظلم والإضرار فأما ما لا يتضمن ظلما ولا إضرارا بل مصلحة له بإعطائه الثمن فلشريكه رفع ضرر الشركة عنه .

فهذا مقتضى أصول الشريعة التى توجب المعاوضة للمصلحة الراجحة والحاجة، فإذا كان الأخذ بالشفعة يعد قيدا فى حرية التصرف ويتنافى مع قاعدة الرضا فى انتقال الملك ولكن استثناءا دعت إليه المصلحة .

وفى الشفعة تقليل للشيوع وجمع الأنصبة وإن لم يرض صاحب المال ، وتركه للمعاوضة لشريكه مع كونه قاصدا للبيع ظلم منه وإضرار بشريكه فلا يمكنه الشارع منه لأنه لا مصلحة له فى ذلك إذ يعطى ما يرغب فيه من بدل .

فلذا كان ثبوت حق الشفعة للشفيع جبرا عن المالك يتفق مع أصول الشريعة وغايتها وليست على خلاف الأصل والقياس [1].

---

(1) يراجع : تبيين الحقائق 5/ 239 ، تكملة شرح فتح القدير 369/9 ، المنتقى 6 / 199 ، حاشية البيجيرمى 3/ 539 ، مغنى المحتاج 2 / 400 ، المغنى 7 / 142 ، 143 ، كشاف القناع 4/ 135 ، المحلى 8 / 7 ، 8 ، البحر الزخار 5/ 4 ، الروض النضير 3/ 337 ، الروضة الندية 2 / 127 ، فقه الإمام جعفر الصادق 4/ 123 ، شرح كتاب النيل 11/ 337 ، إعلام الموقعين 2/ 138 – 141 ، شرح النووى لصحيح مسلم 11 / 223 ، الشفعة بين الشريعة والقانون . د / حسن عجوة 25 – 28 ، الملكية فى الشريعة الإسلامية للشيخ على الخفيف 266 ، 267 الأموال ونظرية العقد فى الفقه الإسلامى د / محمد يوسف موسى 188 ط : دار الفكر العربى 1417 هـ

المطلب الثانى
تعريف الشفعة ومشروعيتها فى القانون الوضعى

أولا : تعريف الشفعة فى القانون الوضعى :

لقد تناول المشرع الوضعى المصرى تعريف الشفعة فى المادة 935 من القانون المدنى الحالى بأنها : " رخصة تجيز فى بيع العقار الحلول محل المشترى فى الأحوال وبالشروط المنصوص عليها ..... " [1].

فالشفعة قدرة أو سلطة تخول من يقوم به سبب من أسبابها الحلول فى بيع العقار محل المشترى إذا أظهر رغبته وإرادته فى ذلك فى كافة حقوق المشترى والتزاماته الناشئة عن عقد البيع أو المترتبة عليه .

وبذلك تنتهى الشفعة نتيجة هذا الحلول باكتساب ملكية المبيع أو اكتساب الحق العينى عليه ولو جبرا عن المشترى .

فمن تحقق فيه صفة الشفيع كما يحددها القانون ، ويعلن رغبته فى الأخذ بالشفعة وتتوافر شروطها فيحل محل المشترى دون توقف على رضاه ، ويتملك العقار المبيع ويضمه إلى عقاره .

ولقد اتخذ القانون الشفعة كسبب من أسباب كسب الملكية كرخصة [2] إذا استعملها الشفيع ويسمى الأخذ بالشفعة ، شفيع ، والمشترى : بالمشفوع منه ، والعقار المبيع: بالمشفوع فيه ، وعقار الشفيع الذى يشفع بموجبه : المشفوع به .

---

(1) الرخصة لغة : التيسير فى الأمر والتسهيل ، يقال : رخص الشرع لنا فى كذا ترخيصا ، وأرخص إرخاصا : إذا يسره وسهله ,, واصطلاحا : اسم لما شرع متعلقا بالعوارض ، أى ما استبيح بعذر مع قيام الدليل المحرم أو هى : الحكم الثابت على خلاف الدليل لعذر هو المشقة أو الحرج . يراجع : المصباح المنير 136 المعجم الوسيط 360 ، التمهيد للأسنوى 71 ط : مؤسسة الرسالة بيروت ، التعريفات للجرجانى 147 .

(2) يراجع : الوسيط د / السنهورى 9/ 446 – 447 ، شرح أحكام حق الملكية د/ عبد الناصر العطار 188 ، 189 . الموجز فى أحكام القانون المدنى د / حسن كيرة 515 ، الوجيز فى الحقوق العينية الأصلية د / محمود زكى 386.

وبذلك يكون الشفيع قد أعطاه القانون مركزا قانونيا يفضل به على المشترى المشفوع فيه ويحل محله جبرا عنه .

ثانيا : مدى مشروعية الشفعة فى القانون الوضعى :

تشريع الشفعة فى القانون الوضعى المصرى :

لقد كانت الشريعة الإسلامية هى المطبقة فى مصر طوال قرون عديدة ، وكانت تشمل ضمن ما تشمله أحكام الشفعة ، فبذلك كان المصدر الرسمى لتنظيم الشفعة هو أحكام الشريعة الإسلامية ، ولما تجزأت البلاد الإسلامية إلى حكومات وتفرقت شيعا وأحزابا لكل شيعة منهم حاكم أو أمير بعد أن كانت دولة إسلامية واحدة ، وأصاب مصر ما أصاب غيرها من دخول الاستعمار ، ورأى القائمون بالأمر إدخال القانون الفرنسى الديار المصرية ليحكم الناس بما يسمونه بالحقوق المدنية المعروفة فى الشريعة الإسلامية بالمعاملات [1].

وكانت فيهم بقية صالحة رأوا فى حق الشفعة معنى ساميا يذكر الشخص دائما بما يجب عليه قبل أخيه حتى لا تمتد يده إلى الإضرار به ، فقرروه ضمن نصوص القانون المدنى وأخذوا أغلب نصوصه من مذهب أبى حنيفة – رحمه الله تعالى – الذى كان معمولا به فى مصر فى ذلك الوقت ، حتى يساير القاعدة القانونية التى توجب أن التشريع يكون مستمدا من دين الأمة وأخلاقها وعاداتها كى تستقر وتطمئن إليه النفوس .

وقد رأوا أن النصوص غير كافية وغير وافية بالغرض عندما تناولت المحاكم المواد الخاصة بالشفعة ، ومن المناسب وضع قانون ينظم هذا الحق .

فخطا المشرع الوضعى المصرى أول خطوة لتنظيم الشفعة تنظيما تشريعيا فسن قانونا خاصا بها استمده من الشريعة الإسلامية الغراء ، إلا فى بعض أحكام قليلة خرج عنها ، ورأى أنها لا تتنافى مع الشريعة الإسلامية عندما كثر التزوير

---

(1) يراجع : الملكية والحقوق العينية د / محمد كامل مرسى 4 / 14.

والاحتيال ، وضمن التقنين المدنى المختلط والأهلى نصوصا تنظم الأخذ بالشفعة ، ولكنها كانت، غير كافية فكثر الخلاف بين المحاكم فى شأن تطبيقها .

مما دعا المشرع المصرى إلى سن قانون جديد خاص بالشفعة صدر به الأمر العالى فى 3/26/ 1900 للقضاء المختلط ، والأمر العالى فى 1901/3/23 للقضاء الأهلى .

ثم توحد القضاء فى البلاد فعادت النصوص إلى مكانها الطبيعى فى التقنين المدنى الحالى ، وهذه النصوص الجديدة اعتمدت على نصوص الأمرين العاليين الملغيين إلا أنها شملت تعديلات غير قليلة ، من إيداع الثمن قبل رفع الدعوى خزانة المحكمة، وزيادة الموانع والتوسع فى المسقطات ولقد نظمها المشرع المصرى فى المجموعة المدنية الحالية في المواد من 935 – 948 وهذه النصوص قائمة وواجبة التطبيق ، ومستمدة من أحكام الشفعة فى الفقه الإسلامى ، ويرجع إليه عند تفسير نصوصها أو عند عدم وجود نص أو عرف دون التقيد بمذهب معين .

ولقد ظهر خصوم لنظام الشفعة يذهب إلى إلغائها ، ولكنه لم يؤخذ بهذا الاتجاه بعد أن طعن فى دستورية أحكامها وقضى بدستوريتها .

ولكن يجب أن لا يغيب عن بال المحاكم أن الشفعة نظام استثنائى مقرر على خلاف الأصل بما تحدثه من قيود على حرية التعاقد، وعلى حق التصرف، وحق الملكية، مما يقتضى عدم التوسع فى تفسير نصوصها ، ويمكن الاستهداء بنصوص ومبادئ الشريعة باعتبارها المصدر التاريخي لنصوص الشفعة ، على أن يكون الحكم المستخلص من تلك المبادئ متفقا ومتسقا مع مبادئ القانون الوضعي المصري الحالي ، وعند التعارض فيؤخذ بمبادئ القانون المدني المصري [1].

---

(1) يراجع : الوسيط فى شرح القانون المدنى د / السنهورى 9/ 472 هامش ، 481 ، الوجيز فى أحكام القانون المدنى د / حسن كيرة 516 وما بعدها ، 520 هامش 1 ، شرح أحكام حق الملكية د / عبد الناصر العطار 189 – 194 ، القانون المدنى د / عبد المنعم البدراوى 427 ، حق الملكية للمؤلف السابق 333 ، 334 ، الملكية والحقوق العينية د / محمد كامل مرسى 4 / 14 ، مجموعة الأعمال التحضيرية=

ثالثا : تكييف الشفعة فى ظل القانون الوضعي :

لقد قام في الفقه القانوني المصري جدل مشهور حول تكييف الشفعة هل هى حق عيني [1] أو حق شخصي [2] ؟

فذهب بعض فقهاء القانون إلى أن الشفعة حق عينى ، لأنه يتولد عن حق ملكية العقار المشفوع به ، وينصب على العقار المشفوع فيه .

وذهب آخرون إلى أن الشفعة حق شخصى ، لاتصاله بشخص الشفيع لا على معنى حق الدائنية [3]، وثم اتجاه ثالث يرى أن الشفعة رخصة وليست حقا عينيا ولاحقا شخصيا ، كما ذهب إلى ذلك المشرع المصرى بنصه فى التقنين المدنى الحالى على أن الشفعة رخصة .... لأنها سبب من أسباب كسب الملكية ، فهى رخصة أى خيار للشفيع له أن يستعمله أو لا يستعمله ومن ثم فلا يكره عليه [4] .

=6/ 343 ، 344 ، الوجيز فى الحقوق العينية الأصلية د / محمود زكى 388 وما بعدها ، أحكام الشفعة فى ضوء القضاء والفقه د / عبد الحميد الشواربى ص 7 ط : 1985 م .

(1) الحق العينى هو : سلطة مباشرة لشخص على شيء مادى يستطيع بمقتضاه الإستئثار بقيمة مالية معينة فيه ، ويتنوع إلى نوعين : حق عينى أصلى ويشمل : الملكية ، والإنتفاع ، والاستعمال والسكنى ، والحكر ، والارتفاق ، وحق عينى تبعى ويشمل : الرهن الرسمى ، والرهن الحيازى ، وحق الاختصاص وحق الامتياز .

يراجع : الموجز فى النظرية العامة للالتزامات د / السنهورى ص 2 ، المدخل للعلوم القانونية د / سليمان مرقس 326 ، حق الملكية د / عبد المنعم البدراوى 4 .

(2) الحق الشخصى هو : علاقة بين شخصين تخول لأحدهما وهو " الدائن " مطالبة الآخر وهو" المدين" بإعطاء شيء أو بالقيام بعمل أو بالامتناع عن عمل . يراجع : الوسيط د ، السنهورى 8 / 182 نظرية العقد والإرادة المنفردة د / عبد الفتاح عبد الباقى ص 5 ، الوجيز فى الحقوق العينية الأصلية د / محمود زكى 12 .

(3) يراجع : الملكية والحقوق العينية د / محمد كامل مرسى4/ 25، الوجيز فى الحقوق العينية د / محمود زكى 387

(4) يراجع : مجموعة الأعمال التحضيرية 6/ 350 ، حق الملكية د / لاشين الغاياتى 246 .

وذهب شيخ القانونيين د/ عبد الرزاق السنهورى إلى أن الشفعة فى منزلة بين الرخصة والحق ، فهى ليست بحق عينى ولا بحق شخصى ، بل هى ليست بحق أصلا ، إنما هى سبب لكسب الحق ، فالشفيع يكسب بالشفعة ملكية عقار .

والفرق واضح بين الحق نفسه ، وبين سبب من أسباب كسبه .

فالملكية حق عينى تكسب بالميراث ، والوصية ، والاستيلاء ، والشفعة ، وغير ذلك ولم يتساءل أحد هل الميراث أو الوصية حق عينى أو حق شخصى ؟

وأيضا : الحق العينى يخول صاحبه سلطة مباشرة على الشيء وليس فى الأخذ بالشفعة ما يخول الشفيع بعد أي تسلط مباشر على المبيع المشفوع فيه ، وإنما يخوله بإرادته المنفردة سلطة استبعاد المشترى والحلول محله .

فهناك مراكز قانونية إذا تهيأت أسبابها لشخص استطاع أن يكسب الحق بإرادته المنفردة فمن كان شريكا مشتاعا ، أو جارا لمالك لعقار ، وبيعت الحصة الشائعة فى العقار أو العقار المجاور للعقار الذى يملكه ، تهيأ له بذلك مركز قانونى يستطيع أن يشفع بإرادته المنفردة فى الحصة الشائعة أو فى العقار المجاور ، وهذه هى الشفعة التى تخول للشفيع الحق والرخصة فى أن يتملك العقار المشفوع بإرادته المنفردة ، فهذه الرخصة تتولد بقيام هذا المركز القانونى ، ويتحول الحق فى التملك إلى الحق فى الملكية عن طريق حلول الشفيع محل المشترى ، فالشفعة تبيح الحق فى التملك دون الحق فى الملك حيث يتوصل بها إلى اكتساب حق الملكية بشروطها.

فالشفعة أعلى من الرخصة وأدنى من الحق ، فحق التملك رخصة ، وحق الملك حق وبينهما منزلة وسطى هى حق الشخص فى أن يتملك [1].

وهذا الخلاف ليس له ثمرة عملية ، لأن الشفيع بإرادته المنفردة قادر على إحداث الأثر القانونى دون التوقف على إرادة أخرى بتوافر الشروط وتتبع

---

(1) يراجع : الوسيط د / السنهورى 9/ 447 وما بعدها ، حق الملكية د / عبد المنعم البدراوى 333 ، 334 .

الإجراءات، والمنازعات التى تكثر فى الشفعة ليس اعتراضا على كونها حق أو غيره ، أو حق الشفيع فى حلوله محل المشترى ، وإنما إنكارا لعدم توافر شرط من شروطها أو عدم إتباع إجراء من إجراءاتها ، أو عدم الالتزام بالمواعيد المحددة ، أو قيام مانع من موانعها [1].

نطاق الشفعة :

لقد شرعت الشفعة لدفع الضرر عن الشفيع سواء كان شريكا أو جارا ، وأيضا الشفعة شرعت لمنع تجزئة العقارات إلى قطع صغيرة أو قسمتها واستحداث مرافق جديدة مع ما يترتب على ذلك من نفقات أو تكاليف ببيعها لغير الشريك أو الجار .

وأيضا بالشفعة يجمع ما تفرق من حق الملكية كضم حق الانتفاع [2] إلى الرقبة .

فالشريك أو الجار قد يتضرر من شريك أو جار غريب يشترى العقار ، وبالأخذ بالشفعة لن يضار البائع ، لأنه سيأخذ من الشفيع ما كان سيأخذه من المشترى ، ولن يضار المشترى ، لأنه سيأخذ ما دفعه وإن أصابه ضرر فوات الصفقة عليه فضرر الشفيع أشد وذلك بالتضييق عليه وإيذائه ، ورفع أعظم الضررين واجب ، وإن كان ضرر المشترى محققا بفوات الصفقة ، وضرر الشفيع محتملا وقوعه ، إلا أن ضرر الشفيع هو الغالب والأشد فيرفع قبل وقوعه وإلا تعذر رفعه بعد ذلك .

وحينما يبيع صاحب حق الانتفاع يستطيع مالك الرقبة بالشفعة أن يضم ما تفرق من حق الملكية ، وتؤدى إلى توسيع الملك وتحسينه ، وضم الأراضى المتداخلة فى أرض الشفيع وهذه الاعتبارات التى قامت عليها الشفعة شخصية بحتة تترك لتقدير الشفيع إن شاء أخذ وإن شاء لم يأخذ .

---

(1) يراجع : شرح أحكام حق الملكية د / عبد الناصر العطار هامش 3 ص 189 ، الموجز فى أحكام القانون المدنى د / حسن كيرة 524 وما بعدها.

(2) حق الانتفاع هو : حق عينى يخول لصاحبه الإنتفاع طيلة حياته على الأكثر بشيء أو بحق لغيره مع احتفاظه بعينه – أو رقبته أو ذاته – لصاحبه . يراجع : الوجيز فى الحقوق العينية الأصلية د / محمود جمال الدين زكى 586 .

ونظام الشفعة نظام استثنائى يمس حرية التعاقد ، لأنها تقيد حرية المالك وتجبر المشترى على التخلى عن العقار رغم إرادته وتؤدى إلى ظهور الملكيات الكبيرة وعدم الاستقرار بين الملاك بطول نظر النزاع أمام القضاء ، فلا تثبت للجار إلا إذا كان له حق ارتفاق على عقار جاره ، أو عليه ، وقيل : أن طول نظر النزاع أمام القضاء هو عيب فى إجراءات التقاضى لا فى الشفعة ؛ لأن الشفيع عليه أن يطالب بها خلال خمسة عشر يوما من تاريخ الإنذار ، أو أربعة أشهر من تاريخ التسجيل.

ومع القول بمشروعية الشفعة ينبغى عدم التوسع فيها ، وذلك بالتشدد فى شروطها وإجراءاتها ، وهذه مسئولية المشرع الوضعى ، وعدم التوسع فى تفسير أحكامها وهذه مسئولية القضاء [1] .

(1) يراجع : الوسيط فى شرح القانون المدنى د / السنهورى 9 / 452 ، الموجز فى أحكام القانون المدنى د/ حسن كيره 516 ، 517 ، شرح أحكام حق الملكية د / عبد الناصر العطار 190 – 194 ، الملكية والحقوق العينية د / محمد كمال مرسى 4 / 18 / 19 ، القانون المدنى د / عبد المنعم البدراوى 427 ، الشفعة فى ضوء أحداث الآراء وأحكام النقض والصيغ القانونية م / مصطفى مجدى هرجة ص10 ط : دار الثقافة للطباعة والنشر القاهرة 1986م ، حق لملكية دراسة مقارنة فى الفقه الإسلامى والقانون المدنى أ . د/ لاشين محمد يونس الغاياتى ص 247 ط : 2004 / 2005م.

المطلب الثالث

الموازنة بين موقف الفقه الإسلامى والقانون الوضعى

من تعريف الشفعة ومشروعيتها

بعد بيان موقف الفقه الإسلامى والقانون الوضعى فى هذه المسألة يتضح ما يأتى:

1 – بالنظر فى تعاريف علماء الفقه الإسلامى للشفعة نجد أنها فى مجملها تناولت الشفعة بأنها حق تملك أو استحقاق الشريك حصة شريكه ممن انتقلت إليه بعوض .

بينما نجد المشرع الوضعى المصرى وبعض علماء الفقه القانونى تناولوا تعريف الشفعة بأنها رخصة وليست حقا .

ومنهم من ذهب إلى أنها فى منزلة وسطى بين الحق والرخصة .

والحقيقة أن تعريف الشفعة عند علماء الفقه الإسلامى تعريف منبثق عن حقيقة الشفعة وماهيتها ولا جدال فى ذلك ، حيث إن التشريع الإسلامى هو الذى وضع أحكامها بصورة واضحة متكاملة أحاطت بدقائق مسائلها .

2 – أما مشروعية الشفعة فى القانون الوضعى فقد استمدت من مشروعيتها فى الفقه الإسلامى فثبوت الشفعة للشفيع جبرا عن المالك يتفق مع أصول الشريعة الإسلامية وغايتها ، التى توجب رعاية المصلحة العامة لا مصلحة فرد بعينه .

وجاز للشفيع أن يتملك العقار المبيع جبرا عمن اشتراه ، وإن كان الأصل فى التعاقد الرضا ، فهذه المعانى جعلت القائمين على التشريع الوضعى أن يثبتوا هذا النظام الإسلامى فى تشريعهم ويعملوا على تنظيمه .

وإن كانوا قد نصوا على أن يرجع إلى مبادئ الشريعة الإسلامية وأصولها فى تفسير النصوص بشرط عدم التعارض مع مبادئ القانون الوضعى وإلا أخذ بمبادئ القانون المدنى المصرى عند التعارض ، فهذا موضع بحث ونظر من القائمين على

الأمر فى الدولة ، والحق أن تقرير الشفعة يرجع الفضل فيه إلى الشريعة الإسلامية ولولاها ما تنبه إليه أحد من هؤلاء المشرعين الوضعيين ، وأنهم لو سلكوا طريقها ما غيروا وما بدلوا كلما شعروا بنقص أوضاعهم ، ولا يزالون فى نقصهم ماداموا فى عنتهم [1].

هذا والله أعلى وأعلم ،،

(1) يراجع : الشفعة بين الشريعة الإسلامية والقانون الوضعى د / حسن عجوة ص 38 .

المبحث الثانى
شـروط استحقـاق الشفعة

وفيه ثلاثة مطالب :

المطلب الأول : شروط استحقاق الشفعة فى الفقه الإسلامى .

المطلب الثانى : شروط استحقاق الشفعة فى القانون الوضعى .

المطلب الثالث : الموازنة بين موقف الفقه الإسلامى والقانون الوضعى من شروط استحقاق الشفعة .

المطلب الأول
شروط استحقاق الشفعة فى الفقه الإسلامى

تقديم :

بما أن الشفعة سبب من أسباب كسب الملكية والتى ينتقل بها الملك ، إلا أنها ليست سببا اختياريا بل تعد من قبيل نزع الملك جبرا عن صاحبه ، وبها يتملك الشفيع الحصة المبيعة جبرا عمن اشتراها .

لذا وضع علماء الفقه الإسلامي شروطا لاستحقاقها ، لابد من توافرها وتحققها حتى تثبت الشفعة للشفيع ، من كون الشفيع مالكا للشيء المشفوع به ملكا باتا فإذا مازال ملكه قبل البيع أو لم يكن مالكا وقت البيع فلا يستحق الأخذ بالشفعة ، وأن يكون المشفوع فيه قد انتقل إلى المشترى بعقد بيع أو عوض مالى ، وأن يأخذ الشفيع الحصة المبيعة كلها وأن يخرج المشفوع فيه عن ملك صاحبه على وجه بات وأن يكون عقارا ، فإذا ما توافرت هذه الشروط استحق الشفيع التملك الجبرى بأخذ الحصة المبيعة جبرا عمن اشتراها ، وفى هذه الشروط تفصيل وتوضيح بين الفقهاء أوضحه فيما يلى :

الشرط الأول : أن يكون الشفيع مالكا للمشفوع به :

تحرير محل النزاع :

لقد اتفق الفقهاء على أنه يشترط للأخذ بالشفعة واستحقاقها أن يكون الشفيع مالكا للرقبة – أي ذات الشيء المشفوع به – وقت شراء العقار المراد أخذه بالشفعة ، لأن سبب استحقاق الشفعة هو الملك ، وقد شرعت لدفع الضرر ، فإذا لم يكن ملك فلا ضرر ، فلا شفعة للمستأجر والمستعير لأنهما غير مالكين ، أو كان مالكا ولكنه باعها قبل الشراء ، أو جعلها مسجدا أو وقفا [1]، فلا شفعة له ، لأنه زال ملكه عنها فلا تتحقق فيه صفة الشفيع .

وكذلك اتفقوا على أن تكون ملكية الشفيع سابقة على ملك المشفوع عليه للعقار الذى يرغب أخذه بالشفعة ، أما إذا كان قد تملك الشفيع بعد امتلاك المشفوع عليه فلا شفعة .

وأن يستمر ملكه إلى أن يتملك ما يشفع فيه [2] لكنهم اختلفوا فيما إذا باع قبل وقت استحقاق الشفعة ، أو قبل قضاء القاضي ، أو زال ملكه بسبب آخر كالوفاة فهل لوارثة حق الأخذ بالشفعة أم لا ؟ وذلك على قولين :

القول الأول :

ذهب إليه جمهور الفقهاء – " والمالكية فى قول ، والشافعية فى وجه ، والحنابلة والزيدية ، والإمامية والإباضية ..... " .

---

(1) الوقف لغة : الحبس، يقال : وقفت كذا ، أى حبسته ، وهو بمعنى التحبيس والتسبيل .

واصطلاحا : حبس مال يمكن الإنتفاع به مع بقاء عينه بقطع التصرف فى رقبته على مصرف مباح موجود بقصد التقرب إلى الله تعالى.... يراجع : المصباح المنير 397 ، المعجم الوسيط 1094 ، تهذيب الأسماء واللغات 3 / 367 ، مغنى المحتاج 2 / 510 ، التعريفات للجرجانى 328 .

(2) يراجع : المبسوط للسرخسى 14/ 116 ، المعونة 2 / 236 ، الذخيرة 7/ 275 ، مغنى المحتاج 2 / 416 ، البيان العمرانى 7 / 106 ، كشاف القناع 4 / 151 ، المحلىٰ 8/ 24 ، البحر الزخار 5/ 7، شرائع الإسلام 3 / 254 ، شرح كتاب النيل 11 / 321.

أنه يشترط ثبوت الملك وقت البيع فقط ، ولا يشترط استمرار الملك إلى وقت القضاء بالشفعة ، لأنه وجبت له الشفعة بتقدم شركته قبل البيع ، فلو خرجت عن ملكه جاهلا بالشفعة فتثبت له الشفعة ، إلا الشافعية قالوا الأصح البطلان لزوال سببها وهو الشركة .

فلذلك تثبت الشفعة للوارث إذا كان المورث قد طلبها بعد البيع قبل الموت بدليل قوله – صلى الله عليه وسلم – فى الحديث الذى رواه أبو هريرة – رضى الله عنه – أنا أولى بالمؤمنين من أنفسهم فمن توفى وعليه دين فعلى قضاؤه ، ومن ترك مالا أو حقا فلورثته " [1] والشفعة حق من حقوق العقار الموروث فتثبت لمالكه .

والوارث خليفة مورثه فله ما كان عن خلفه من حقوق، وهو خيار لدفع الضرر عن ماله ، فجاز أن يقوم به وارثه مقامه كخيار الرد بالغيب ، وهو حق مستفاد بالملك فجاز أن يكون موروثا [2].

القول الثانى :

ذهب إليه " الحنفية ، والمالكية فى قول، والشافعية فى وجه ، والظاهرية " : إلى أنه يشترط استمرار الملك من وقت البيع إلى وقت قضاء القاضى ، فإذا باع قبل وقت استحقاقها بطلت الشفعة ولا يستحقها ، لأنه يثبت له مال الشركة يوم الاستحقاق .

وقال الحنفية ، والظاهرية ، والمالكية فى قول، أن : الشفعة لا تورث لأن هذا الحق إرادة ومشيئة ، وهى صفة شخصية ليست محلا للوراثة ، فليس للوارث حق

---

(1) الحديث صحيح أخرجه البخارى فى الكفالة 4/ 557 ، ح / 2298 ط : دار الحديث ، ومسلم فى الفرائض 11 / 234 ح / 1619 باب 14

(2) يراجع : بداية المجتهد 2 / 399 – 406 ، المعونة 2 / 236 ، الذخيرة 7 / 275 ، حاشية الدسوقى 3 / 475، مغنى المحتاج 2 / 416 ، 417 ، البيان العمرانى 106/7 ، كشاف القناع 4 / 151 – 158 ، المغنى 7 / 238 ، ط : دار الحديث ، الإنصاف 6 / 283 ، الفروع 4 / 529 ، البحر الزخار 5 / 7 ، شرائع الإسلام 3 / 254 ، فقه الإمام جعفر 4 / 126 ، 145 شرح كتاب النيل 11 / 321 ، الملكية ونظرية العقد فى الشريعة الإسلامية للإمام محمد أبو زهـــرة 163 .

الشفعة فى عقار بيع فى حياة المورث ، لأن الوارث لم يكن مالكا لما ورثه وقت بيع الحصة المشفوع فيها ، ولو كان المورث قد طالب بها قبل موته ، إلا إذا حكم بها الحاكم ثم مات فتورث [1].

أما إذا كان الشفيع ليس مالكا ملكا باتا لما يشفع به فهل يجوز له طلب الشفعة ؟ كما إذا كان عقد تمليكه معلقا على شرط : فاختلف فى ذلك على قولين :

القول الأول : ليس له طلب الشفعة ، لأنه ليس مالكا ملكا باتا ، وقيل لا يقضى بها إلا بعد مضى المدة وعدم تحقق الشرط [2] .

والقول الثانى : له طلب الشفعة ، لأن الشرط أن يكون مالكا وقت البيع ، وأن يستمر ويبقى حتى يتملك العقار المشفوع بالقضاء فإن زالت الملكية سقط حقه ، ولايهم زوالها بعد الأخذ بالشفعة [3].

---

(1) يراجع : المبسوط للسرخسى 14/ 116 ، الفتاوى الهندية 5 / 161 ، بدائع الصنائع 5/ 20 ، 32 بداية المجتهد 2/ 403 – 404 ، المعونة 2 / 236 ، حاشية الدسوقى 3 / 474 – 475 ، أسنى المطالب 2 / 364 ، حاشية البجيرمى 3 / 542 ، مغنى المحتاج 2 / 402 ، 403 ، 416 المحلى 8 / 24 مسألة 1604 ، الملكية ونظرية العقد للإمام محمد أبو زهرة 162 ، الأموال ونظرية العقد د / محمد يوسف موسى 206 .

(2) يراجع : بداية المجتهد 2/ 399 ، الذخيرة 7/ 275 ، البيان العمرانى 7/ 106 ، الإنصاف 6/ 283 الفروع 4/ 529 ، البحر الزخار 5/ 7 ، فقه الإمام جعفر 4/126/ 145 ، النيل 11/ 321 .

(3) يراجع : بدائع الصنائع 5/ 20 / 32 ، المعونة 2 / 236 ، حاشية الدسوقى 3/ 474 أسنى المطالب 2/ 364، المحلى 8 / 24 ، الملكية فى الشريعة الإسلامية للشيخ على الخفيف 283 .

الشرط الثانى : أن يكون المشفوع فيه انتقل بعقد معاوضة [1] :

لقد اتفق الفقهاء على أنه يشترط فى الشقص [2] المبيع – المشفوع فيه – المنتقل إلى المشترى قد تم بعقد معاوضة وهو البيع ، أو ما هو فى معنى البيع ؛ بأن يقر له بدين فيصالحه عن ذلك بالشقص ، أو يكون الشقص مصالحا به عن جناية موجبة للمال كالقتل الخطأ ، أو شبه العمد أو نحو ذلك ، أو يكون الشقص موهوبا هبة مشروطا فيها العوض المعلوم ، أو الثواب ، لأن الشفيع يأخذ الشقص المبيع بمثل الثمن الذى انتقل به إلى المشترى ولا يمكن هذا فى غير البيع ، أو عقد معاوضة .

وكذلك اتفق الفقهاء أيضا على أنه لا تثبت الشفعة فى الشقص المنتقل بغير عوض كالهبة بغير عوض ، أو الموصى به ، أو الموروث ، أو المتصدق به .

لأن الشفعة حق تملك جبرى يملك به المبيع جبرا عن المشترى بمثل ما ملك – أى بالثمن والتكاليف التى دفعها ، وهذه التصرفات تؤدى إلى نقل الملكية بغير عوض ، فلا يتأتى تحقيق شرط الشارع الحكيم فى تملك الشفعة وهو البيع بمعاوضة ، أو بما فى معناه ، والتملك بالإرث قهرى فلم يضر بالشريك ، بخلاف المشترى فمن حقه أن لا يدخل على الشريك ضرر وإلا تسلط الشريك عليه ، وما ملك بهبة أو وصية فلا عوض تؤخذ به ، ويروى عن مالك قول بثبوتها [3] .

---

(1) عقد المعاوضة هو العقد الذى يتم على أساس المبادلة بين المتعاقدين وعلى تملك كل منهما مال الأخر سواء كانت المبادلة مال بمال كالبيع ، أو مال بمنفعة كالإجارة ، أو مال بما ليس بمال ولا منفعة كالزواج يراجع : توثيق الدين بالرهن والكتابة فى الشريعة الإسلامية أ . د / ناصر النشوى ص 12 ، 13 ط 1424هـ – 2004م.

(2) يراجع : الشقص : القطعة من الشيء والنصيب ، وقيل : القطعة من الأرض ، والطائفة من الشيء وبكسر الثلثين، النصيب قليلا كان أو كثيرا وقيل السهم والنصيب والشرك . يراجع : القاموس المحيط 2 / 318 باب الصاد فصل الشين ، مختار الصحاح 168 ، المصباح المنير 192 ، المعجم الوسيط 514 معجم لغة الفقهاء 265 .

(3) يراجع : بدائع الصنائع 5/ 15 – 17 ، بداية المجتهد 2/ 399 ، البيان العمرانى 7/ 106 – 129 . المغنى 7/ 155 ، السيل الجرار 3 / 170 ، شرائع الإسلام 3 / 254 ، النيل 11/ 321 374 .

ولكنهم اختلفوا فى التملك بعوض غير مالى كالمهر [1] .

وبدل الخلع [2]، أو الصلح [3] عن دم العمد أو العتق [4] ، أو الأجرة فى الإجارة ، أو الجعل فى الجعالة ، أو غير ذلك وذلك على قولين :

القول الأول :

ذهب إليه جمهور الفقهاء " الحنفية ، والحنابلة فى قول ، والظاهرية ، والزيدية ، والإمامية والإباضية " .

إلى أنه يشترط فى المشفوع فيه أن يكون قد انتقل إلى المشترى بمعاوضة مال بمال .

فلا شفعة إذا كان العوض غير مال كالمهر وبدل الخلع وغيرهما ، لأن ذلك ليس له عوض يمكن الأخذ به فأشبه الموهوب بدون عوض والموروث .

---

(1) المهر لغة : صداق المرأة : وما يدفعه الزوج لزوجته بعقد الزواج ، جمع مهور.

واصطلاحا : اسم لمال واجب على الرجل بنكاح أو وطء بشبهة ، وله أسماء كثيرة منها : الصداق والنحلة والفريضة . يراجع : لسان العرب 4 / 2430 باب الراء فصل الميم ، المعجم الوسيط 928 ، مغنى المحتاج 3 / 281، حقوق الزوجة فى الفقه الإسلامى د / محمد حسني سليم ص 7 .

(2) الخلع لغة : مأخوذ من خلع الشيء خلعا ، نزعه ، وخلع الرجل امرأته خلعا: طلقها بفدية من مالها وختلعت المرأة زوجها : طلبت أن يطلقها بفدية ، وتخالعا الزوجات : اتفقا على الطلاق بفدية .

والخلع اصطلاحا : فرقة بين الزوجين بعوض بلفظ طلاق أو خلع .

يراجع : المصباح المنير 109 ، مختار الصحاح 102 ، المعجم الوسيط 273 ، بمغنى المحتاج 3/ 335 الجلال المحلى 3 / 307 .

(3) الصلح لغة : انهاء الخصومة أو التوفيق . واصطلاحا : عقد يحصل به رفع النزاع .

يراجع : لسان العرب 4 / 2479 باب الحاء فصل الصاد ، المصباح المنير 207 ، حاشية عميرة 2 / 306 ، التعريفات للجرجانى 176 .

(4) العتق لغة : الحرية ، يقال : أعتق العبد عتقا وعتاقا : خرج من الرق وأعتق العبد : حرره واصطلاحا : قوة حكمية يصير بها الإنسان أهلا للتصرفات الشرعية .

يراجع : المعجم الوسيط 611 ، تهذيب الأسماء واللغات 3 / 189 ، التعريفات للجرجانى 190 .

وأن المنافع لا قيمة لها، وأنها ليست مضمونة لأن الشيء يضمن فبمثله فى الأصل، ولا تقوم فى حق الشفيع ، فلا يستطيع أن يتملك بمثل ما تملك به المشترى فلم يكن مشروعاً [1] .

القول الثانى :

ذهب إليه " المالكية ، والشافعية ، والحنابلة فى قول " :

إلى أنه لا يشترط أن يكون المشفوع فيه قد انتقل بعوض مالى . فيكفى أن يكون العقد معاوضة سواء كانت معاوضة مالية كالبيع ، أو غير ماليه كالمهر وبدل الخلع.

ويطالب الشفيع يدفع قيمة البدل ، فيأخذ الشيء بقيمته ، فيدفع مهر المثل [2] ، وعوض الخلع وأجرة المثل أى أجرة مثل المنفعة التى جعل الشقص أجره عنها .

لأن الأخذ بالشفعة تملك بمثل ما تملك به المشترى عند الإمكان ، وعند التعذر تقام قيمته مقامه.

وعند المالكية تؤخذ الشفعة بقيمة الشقص ، وقيل : أن هذا أعدل بين الشفيع والمرأة تجنبا لما يكون فى مثل هذه الأحوال من التسامح زيادة أو نقصا ، فقد يكون المهر ألفا والشقص بمائة وتسامحه فتأخذ الشقص بمهرها [3] .

---

(1) يراجع : بدائع الصنائع 5 / 15 – 17 ، تكملة شرح فتح القدير 9 / 405 ، الفتاوى الهندية 5 / 160 ، 161 ، مجمع الأنهر 2 / 480 ، 481 ، تبيين الحقائق 5 / 239 ، المغنى 7 / 152 – 155 الفروع 4 / 536 ، كشاف القناع 4 / 137 ، ، شرح الزركشى على مختصر الخرقى 4 / 193 ، الحلى 8 / 13 ، مسألة 1596 ، البحر الزخار 5 / 4 ، شرائع الإسلام 3 / 254 ، النيل 11 / 321.

(2) مهر المثل هو : ما يرغب به فى مثلها عادة : فهو المهر الذى يقدر للمرأة التى تزوجت بدون أن يفرض لها مهر عند العقد ، ويراعى فى تقديره أن يكون مماثلا لمهر التى تزوجت به إمرأة تماثلها من قوم أبيها كأختها ، وعمتها .

يراجع : مغنى المحتاج 3 / 295 ، الإقناع بهامش حاشية البجيرمى 4 / 209 ، حقوق الزوجة فى الفقه الإسلامى د / محمد حسني سليم 58 .

(3) يراجع : حاشية الدسوقى والشرح الكبير 3/ 475 ، بداية المجتهد 2 / 399 ، المعونة 2 / 230 231 ، مغنى المحتاج 2 / 403 ، البيان العمرانى 7 / 106 ، 129 ، حاشية البجيرمى 3 / 546 ،=

الشرط الثالث : أن يزول ملك البائع وحقه عن المبيع زوالا باتا نهائيا :

لقد اتفق جمهور الفقهاء على أنه يشترط للأخذ بالشفعة وثبوت حق الشفيع فى التملك الجبرى للعين المباعة من المشترى ، أن يكون المشفوع فيه قد خرج عن ملك صاحبه إلى المشترى على وجه بات .

لأن الشفيع يملك المبيع على المشترى بمثل ما ملك به ، فإذا لم يزل ملك البائع ، ولم يخرج المبيع من ملكه على وجه نهائى ، فلا تثبت الشفعة للشفيع لاستحالة تملك المشترى فيستحال تملك الشفيع ، ولأن حق البائع لا يزال متعلقا به وهو أولى من غيره كالبيع بشرط الخيار .

فلذا اتفق الفقهاء على أن البيع بشرط الخيار للبائع أو لهما معا " للبائع والمشتري" – لا يثبت الحق فى الشفعة ، لأن الملك لم يستقر، وذلك قبل انقضاء مدة الخيار . ولأن المبيع لا يزال على ملك صاحبه مادام الخيار باقيا ، فله أن يرجع عن البيع وفى ثبوت الشفعة إبطال الخيار وإلزام المشترى بالعقد قبل رضاه، وأيضا : تفويت حق المشترى فى الرجوع فى الثمن إن كان الخيار له ، وتفويت حق البائع فى الرجوع فى عين المبيع إن كان الخيار له [1] .

أما إذا كان الخيار للمشترى وحده ، فقال : " الحنفية ، والشافعية ، والحنابلة فى قول والإمامية فى قول " أنه تجب الشفعة ، لأن خياره لا يمنع زوال المبيع عن ملك البائع والملك قد انتقل فتثبت الشفعة فى مدة الخيار [2] .

=المغنى 7 / 155 ، الإنصاف 6 / 252 ، 253 ، الملكية فى الشريعة الإسلامية للشيخ على الخفيف 281 282 ، الملكية ونظرية العقد للإمام محمد أبو زهرة 160 ، 161 .

(1) يراجع : الفتاوى الهندية 5 / 160 ، المنتقى 217/6 ، الذخيرة 308/7، البيان العمرانى 110/7 الحاوى 67/9، الإنصاف 308/6، المحلى28/8، البحر الزخار4/5، فقه الإمام جعفر 130/4 النيل 11/ 321.

(2) يراجع: بدائع الصنائع 18/5 ، تكملة شرح فتح القدير 9، 407 ، البيان 110/7 ، الجلال المحلى 44/3، مغنى المحتاج 2 / 404 ، الإنصاف 6/ 308 ، كشاف القناع 4/ 162 ، فقه الإمام جعفر الصادق 4 / 130 .

أما " المالكية " والحنابلة فى الراجح عندهم ، والإمامية فى الأصح عندهم ، والظاهرية والزيدية ، والإباضية " ، قالوا : لا شفعة فى بيع الخيار حتى يتم البيع[1] والمقصود بالخيار هنا خيار المجلس [2] وخيار الشرط [3] عند من قال بجواز ذلك.

أما خيار الرؤية [4] والعيب [5] فلا يمنع ثبوت الشفعة عند جمهور الفقهاء الذين أجازوا ذلك، لأنه لا يمنع زوال ملك البائع ، فلو رد قبل القبض فلا شفعة ، لأنه فسخ ، ولو رد بعد القبض ففيه الشفعة .

وكذلك لو كان المشفوع فيه مبيعا بعقد فاسد [6] وقبضه المشترى ، فإنه وإن خرج عن ملك البائع إلا أنه لا يزال حقه متعلق بالمبيع ، ولا يمنع زوال الملك عن البائع،

---

(1) يراجع : حاشية الدسوقى والشرح الكبير 3/ 483 ، الذخيرة 308/7، 309 ، بداية المجتهد 400/2 المغنى 157/7 ، كشاف القناع 162/4، المحلى 8/ 28 مسألة 1611 ، البحر الزخار 5/ 4 ، فقه الإمام جعفر 4/ 130 ، النيل 11/ 321 .

(2) خيار المجلس هو : أن يكون لكل واحد من المتعاقدين الحق فى إمضاء العقد أورده مادام فى المجلس ولــه يختارا إمضاء العقد . يراجع : بحوث فى البيع د / على مرعى 1/ 169 ، فقه المعاملات د/ محمد الصياد 191، دراسات فى الفقه المقارن د/ رشاد خليل 42 بدون طبعة .

(3) خيار الشرط هو : ما يشترطه العاقدان أو أحدهما لهما أو لأحدهما ، أو لغيرهما ، فى إمضاء الصفقة أو عدم إمضائها . يراجع : دراسات فى الفقه المقارن المعاملات" د / رشاد خليل 49 ، أحكام المعاملات الشرعية / الشيخ على الخفيف 362

(4) خيار الرؤية هو : حق يثبت به لأحد المتعاقدين عند رؤية محل العقد فسخ العقد أو إمضائه بسبب عدم الرؤية قبل ذلك . يراجع : حاشية الشلبى بهامش تبيين الحقائق 4 / 64 ، أحكام المعاملات الشرعية للشيخ على الخفيف 378

(5) خيار العيب هو : حق المشترى فى إمضاء البيع أو فسخه متى ظهر له عيب فى محل العقد ولو لم يشترط ذلك . يراجع : دراسات فى الفقه المقارن د / رشاد خليل ص 66 ، أحكام المعاملات الشرعية للشيخ على الخفيف 389 .

(6) الفاسد : أى الباطل وهو الذى لا يترتب أثره عليه ، وقيل : ماكان غير مشروعا بأصله ولا وصفه كبيع الملاقيح (والملاقيح بيع ما فى بطون الأمهات) وكذلك العقد يفسد كما إذا كان الثمن مجهولا أو كان خمرا أو خنزيرا . يراجع : المعجم الوسيط 721 ، الإبهاج للسبكى 1 / 69 ، 70 ، نهاية السول للأسنوى 1 / 58 ، 59 .

والشفعة مبنية على زوال ملك البائع فيجب على كل منهما فسخ العقد ورد المبيع إلى بائعه .

أما لو أصبح الملك باتا بفعل المشترى فى المبيع شيئا يمنع رده كأن يزيد فيه المشترى زيادة لا يمكن أن يسلم إلى بائعه بدونها ، أو أسقط حقه فى الفسخ ، أو أسقط حق الخيار فللشفيع أن يأخذ بالشفعة [1] .

الشرط الرابع : أن يأخذ الشفيع الشقص المبيع كله :

لقد اتفق الفقهاء على أنه يشترط للأخذ بالشفعة أن يأخذ الشفيع الشقص المبيع كله لئلا يتضرر المشترى بتبعيض الصفقة [2] فى حقه بأخذ بعض المبيع ، لأنه ما اشترى الجزء بل اشترى كل المبيع وتفريق الصفقة من غير رضاه لا يصح .

وأيضا الشفعة ثبتت على خلاف الأصل دفعا لضرر الشركة ، فإذا أخذ البعض لم يندفع الضرر والضرر لا يزال بالضرر .

وإذا طالب بأخذ بعض المبيع فقد رضى بالمشترى شريكا ويكون ذلك متناقضا مع طلبه ، لأن الشفعة شرعت لدفع ضرر الدخيل الجديد فإن رضيه شريكا فقد أقر بأنه لا ضرر من شركته وبالأولى لا ضرر من جواره فيسقط حق الشفعة .

هذا إذا كان الشفيع واحدا والمشفوع عليه – المشترى – واحدا – فيشترط لاستحقاقه الشفعة أن يأخذ الكل ما لم يتفق الشفيع مع المشترى برضاه أن يأخذ

---

(1) يراجع : فيما سبق : الفتاوى الهندية 5/ 160 ، 164 ، الهداية بهامش تكملة شرح فتح القدير 9 / 407 ، 408 ، بدائع الصنائع 5 / 18 ، 19 ، مجمع الأنهر 2 / 471 ، بداية المجتهد 2 / 400 المنتقى 6 / 217 ، المعونة 2 / 236 ، حاشية الدسوقى والشرح الكبير 3/ 483 ، بلغة السالك 2 / 211 ، 213 ، مغنى المحتاج 2 / 404 ، روضة الطالبين 5 / 75 ، المغنى 7 / 157 الإنصاف 6 / 308 ، المحلى 8 / 28 ، البحر الزخار 5 / 4 ، فقه الإمام جعفر 4 / 130 ، النيل 11 / 321.

(2) الصفقة : العقد وضرب اليد على اليد عند البيع علامة انفاذه ، وقيل الصفقة عبارة عن العقد.. يراجع : لسان العرب 4 / 2663 ، باب القاف فصل الصاد ، التعريفات للجرجانى 175 .

بعض البيع ، فإذا كان هناك شفيع آخر وطلب الأخذ بالشفعة فإنه يقدم على المشترى فيما ترك الشفيع الأول [1] .

فإذا كان الشفيع واحدا والمشفوع عليه – المشترى – أكثر من واحد .

وأراد الشفيع أن يشفع على أحدهما دون الآخرين :

فلقد ذهب جمهور الفقهاء إلى أنه يجوز للشفيع أن يأخذ الكل أو أن يأخذ حصة أحدهم دون الباقين ، وورد قول عند المالكية إلى أنه ليس له إلا أن يأخذ الكل أو يدع الكل .

واستدل الجمهور على قولهم : بأن للشفيع أن يأخذ الكل أو يأخذ حصة أحدهم دون الآخرين ، لأنه ربما كان اتصاله بأحدهم ضارا فيطالب بحصته ، والإتصال بالآخرين غير ضار فلا يطالب بحصصهم ، لأن الصفقة غير متحدة بل هى متفرقة ابتداءا .

ولأن كل حصة مبيع مستقل بالنسبة لمشتريها فلا تتجزأ الصفقة بالنسبة إليه وقد يرضى الشفيع بمشاركة أحدهم فلا يطلب حصته ، ولا يرضى بمشاركه الآخرين فيطلب حصصهم [2].

---

(1) يراجع : بدائع الصنائع 6/ 36 ، 37 ، الفتاوى الهندية 5 / 175 ، تبيين الحقائق 5/ 239 ، بداية المجتهد 2 / 401 ، المنتقى 6 / 214 ، المعونة 2 / 232 ، الشرح الكبير وحاشية الدسوقى 3 / 489 ، 490 . البيان العمرانى 7/ 141 ، أسنى المطالب 2 / 375 ، شرح المنهج وحاشية الجمل 3 / 509 ، 510 ، الإنصاف 6 / 275 ، المغنى 7 / 226 ، العدة 276 ، 277 ، كشاف القناع 4 / 147 ، 148 ، المحلى 8 / 25 مسألة 1605 ، الروض النضير 3 / 335 وما بعدها ، شرائع الإسلام 3 / 258 ، شرح كتاب النيل 11/ 412 ، الملكية للشيخ على الخفيف 285، 286 .

(2) يراجع : الفتاوى الهندية 5/ 175 ، الهداية بهامش تكملة شرح فتح القدير 9/ 422 ، المبسوط للسرخسى 14/ 104 ، بدائع الصنائع 5/ 37 . بداية المجتهد 2 / 403 ، الذخيرة 7/ 343 ، 344 البيان العمرانى 7 / 142 ، أسنى المطالب 2 / 376 ، الجلال المحلى 3/ 49 ، 50 ، المغنى 7/ 203 ، 226 الروض المربع 369 ، الإنصاف 6/ 276 . المحلى 8/ 26 مسألة 1608 ، الروض النضير 3/ 335 . شرائع الإسلام 3 / 256 ، شرح كتاب النيل 11/ 412.

أما إذا تعدد الشفعاء بأن كان الشفيع أكثر من واحد سواء كان المشفوع عليه واحدا أو أكثر . فإذا طلب الشفعة أحد الشفعاء وترك طلبها بقية الشفعاء .

فلقد ذهب جمهور الفقهاء إلى أنه له أخدها ، فيأخذ الجميع أو يترك الجميع وليس له أن يشفع بحسب نصيبه إلا برضا المشترى .

وفى قول عند المالكية : ليس للشفيع أن يأخذ إلا بقدر حصته فقط إذا ترك بقية الشفعاء الأخذ بها وذلك رفقا بالمشترى .

وإذا طلب الشفعة أكثر من واحد أو طلبها الشفعاء جميعا : استحقوقها ويقسم بينهم المشفوع فيه [1] .

ولقد اختلف الفقهاء فى كيفية تقسيمها بينهم وذلك على قولين :

القول الأول :

ذهب إليه " المالكية ، والشافعية ، والحنابلة فى أصح الروايتين ، وبعض الزيدية والإمامية، والإباضية، ومن التابعين إسحاق، والحسن البصرى [2] وابن سيرين"[3].

---

(1) يراجع : المبسوط للسرخسى 97/14 ، بداية المجتهد 2/ 401 ، مسالك الدلالة 261 ، البيان 144/7، أسنى المطالب 2/ 374 ، المغنى 221/7، 222 ، المحلى 8/ 27 / 28 ، الروض النضير 3/ 335 ، شرائع الإسلام 3/ 256 ، النيل 11/ 412.

(2) الحسن البصرى هو : الحسن بن يسار البصرى أبو سعيد التابعى ، إمام أهل البصرة ، وحبر الأمة فى زمنه ، المجمع على إمامته فى كل فن ، مولى زيد بن ثابت ، وأمه مولاه لأم سلمة أم المؤمنين رضى الله عنها ، ولد لسنتين بقيتا من خلافة عمر بن الخطاب ، رأى عائشه وطلحة بن عبد الله ولم يسمع منهما،وسمع من عمر،وسمرة ، وأبا بكرة،وجندب ، ومعقل ، وغيرهم،أدرك من الصحابة مائة وثلاثين ، وروى عنه خلائق من التابعين ، اجتمع الناس إليه منهم طاوس وعطاء، ومجاهد،وغيرهم توفى"رحمه الله تعالى" سنة 110 هـ . يراجع : ميزان الاعتدال 1 / 527 ، رقم 1968 ، تهذيب الأسماء واللغات 1 / 165 ، 166 ، شذرات الذهب 1 / 136 – 138 ، حلية الأولياء 2 / 131.

(3) ابن سيرين هو : محمد بن سيرين الأنصارى ،أبو بكر التابعي الإمام فى التفسير والحديث والفقه والرؤيا مقدم فى الزهد والورع ، كان أبوه مولى لأنس بن مالك وكاتبه ثم عتقه ، وكانت أمه مولاه لأبى بكر ، ولد سنة 33 هـ ، سمع من ابن عمر، وأبا هريرة، وأم عطية الأنصارية، ومن التابعين مسلم بن يسار، وشريحا، وعبيدة السلمانى، وغيرهم ، روى عنه الشعبى، وأيوب، وقتادة، وغيرهم أدرك من الصحابة ثلاثين توفى بالبصرة سنة 110 هـ بعد الحسن البصرى بمائة يوم – " رحمه الله تعالى "-

إلى أن : المشفوع فيه يقسم بينهم على قدر حصصهم فمن كان نصيبه الثلث أخذ من الشقص الثلث وهكذا ، لأن الشفعة حق استفيد وجوبه بسبب الملك فيوزع على الأصل ويأخذ كل منهم بنسبة ما يملك في العقار المشفوع به ، والشفعة شرعت لإزالة الضرر ، والضرر داخل على كل واحد منهم على غير استواء ، لأنه يدخل على كل منهم بحسب حصته ، فوجب أن يكون استحقاقهم لدفعه على تلك النسبة[1].

القول الثاني :

ذهب إليه " الحنفية، والحنابلة في رواية ، والظاهرية، وبعض الزيدية ، ومن التابعين ، الثوري ، والنخعي [2] والشعبي وابن أبي ليلى" [3] .

إلى أن المشفوع فيه يقسم بينهم بالتساوي – أي على قدر رءوسهم إذا كانوا في درجة واحدة، لأن ثبوت الشفعة يلزم بنفس الملك ، فيستوى الجميع فيه لاستوائهم

-يراجع : الأعلام 6 / 154 ، شذرات الذهب 1/ 138 – 139 ، البداية والنهاية 9 / 274 ، تهذيب الأسماء واللغات 1 / 99 – 100.

(1) يراجع : بداية المجتهد 2 / 401 – 403 ، حاشية الدسوقي والشرح الكبير 3 / 486 – 487 المعونة 2 / 229 ، 232 ، مسالك الدلالة 261 ، البيان 7 / 144 ، أسنى المطالب 2 / 374 الإنصاف 6 / 275 ، المغني 7 / 221 ، 222 ، كشاف القناع 4 / 147 – 150 ، الروض النضير 3 / 335 ، شرائع الإسلام 3 / 256 ، وما بعدها ، شرح كتاب النيل 11/ 412 ، الشفعة بين الشريعة والقانــون د/ حسن عجوة 47 – 50 .

(2) النخعي هو : إبراهيم بن يزيد بن الأسود بن عمرو بن ربيعة النخعي أبو عمار الكوفي، من أكابر التابعين ، رأى عائشة " رضى الله عنها " ولم يثبت له منها سماع ، ونسبته إلى النخعي ، لأنه انتخع من قومه أي : بعد عنهم ، توفى سنة 96 هـــ وله تسع وأربعين سنة رحمه الله تعالى . يراجع : حلية الأولياء 4 / 219 ، شذرات الذهب 1 / 111 ، وفيات الأعيان 6/1 ، طبقات ابن سعد 6 / 188 .

(3) ابن أبي ليلى هو : أبو عيسى عبد الرحمن بن أبي ليلى يسار وقيل : محمد بن بلال بن أحيحه ولد لسنتين بقينا من خلافة عمر من أكابر تابعي الكوفة ، سمع من على بن أبي طالب، وعثمان وغيرهما روى عن أبيه ، وروى عنه ابنه عيسى، وابن ابنه عبد الله ، ولشعبي – وغيرهم ، شهد موقعة الجمل مات سنة 81 هـــ وقيل 82 هـــ " رحمه الله تعالى". يراجع : تذكرة الحفاظ 1 / 58 ، طبقات ابن سعد 6/ 109 ، تاريخ بغداد 10 / 199 ط : دار الكتب العلمية، وفيات الأعيان 3/ 126.

فى نفس الملك كالشركاء فى العبد يعتق بعضهم فيقوم على الباقين ويعتق عليهم [1].

وأرى أن القول الراجح هو ما ذهب إليه أصحاب القول الأول من أن استحقاقهم الشفعة يكون على قدر حصصهم ، لأن الضرر الذى يلحق صاحب الثلث غير الضرر الذى يلحق صاحب الثلثين والشفعة شرعت لإزالة الضرر فوجب أن تكون بنسبة ما يلحق كل منهم من ضرر ، وذلك يكون على قدر حصصهم .

أما إذا كان بعض الشفعاء غائبا والبعض الآخر حاضرا : وأراد الحاضر أن يأخذ حصته فقط ، فليس له ذلك إلا أن يأخذ الكل أو يترك الكل وهذا ما ذهب إليه جمهور الفقهاء فإذا قدم الغائب إن شاء أخذ وإن شاء ترك إن كان الشفعاء فى مرتبة واحدة ، ولا يقدم الغائب إذا كان فى مرتبة أقل فإن كان فى مرتبة أعلى قدم على الحاضر [2] .

أما إذا تعدد الشيء المشفوع فيه ، بأن اشترى المشفوع عليه دارين بعقد واحد .

فلقد اتفق الجمهور على أنه إذا كان الشفيع شفيعا فى إحداهما فليس له أخذ إلا ما هو شفيع فيه فقط دون الأخرى .

أما إذا كان الشفيع شفيعا فيهما ، فقد اختلف الفقهاء فى ذلك على قولين :

القول الأول : ذهب إليه جمهور الفقهاء " زفر من الحنفية ، والمالكية ، والشافعية والحنابلة، والإباضية " إلى أنه يجوز للشفيع أن يأخذ إحدى الدارين ، لأن الأخذ بالشفعة هنا لا يؤدى إلى تبعيض الصفقة ، لأن المانع من تجزئه الصفقة هو ضرر

---

(1) يراجع : المبسوط للسرخسى 14/ 97، الاختيار 2 / 65 ، تبيين الحقائق 5 / 241 ، بدائع الصنائع 5 / 7 ، الروض المربع 369 ، العدة 277، المغنى 7 / 221، 221 ، المحلى 8 / 27 ، 28 مسألة 1610، الروض النضير 3 / 343 ، البحر الزخار 5/ 9 ، الشفعة د / حسن عجوة 47.

(2) يراجع : الفتاوى الهندية 5/ 177 ، المبسوط للسرخسى 91/14 ، حاشية الدسوقى والشرح الكبير 3 / 490 ، بداية المجتهد 2 / 403 ، شرح المنهج وحاشية الجمل 3 / 509 ، 510 ، الجلال المحلى 3 / 49 ، البيان 7 / 145، المغنى 7 / 226 – 231 ، الروض المربع 369 ؛ المحلى 8 / 26 ، الملكية فى الشريعة الإسلامية للشيخ على الخفيف 295 ، الملكية ونظرية العقد للإمام محمد أبو زهرة 158 .

الشركة ، ولا شركة هنا سواء كانت الداران متلاصقتين أو فى بلدين مختلفين ، وأيضا الضرر قد يلحق بأرض دون أخرى .

وكذلك كما باع شيئا عقار تجب فيه الشفعة مع آخر فنقول لا تجب فيه الشفعة ، فليس له أن يأخذ ما لا شفعة فيه [1].

القول الثانى : ذهب إليه " أبو حنيفة ، ومحمد ، وأبو يوسف " إلى أنه ليس للشفيع إلا أن يأخذ الدارين جميعا أو يتركهما وذلك حتى لا تتجزأ الصفقة على مشتريها ، وقد يكون المشترى راغبا عن إحدى الدارين ، ولم يشتريها إلا لأجل الثانية ، فلا يجوز أن يلحقه فى ذلك ضرر بأخذها منه وحدها سواء كانت الداران متلاصقتين أو متفرقتين فى مصر أو مصرين [2].

وأرى أن القول الأول هو الراجح لأن الشفعة ما شرعت إلا لرفع الضرر، وربما لم يلحقه ضرر من إحداهما فلا يجبر على أخذها ، فله أن يأخذ إحدى الدارين رضى المشترى أم أبى .

الشرط الخامس : أن يكون الشقص المشفوع فيه – عقارا :

تحرير محل النزاع :

لقد اتفق الفقهاء على أنه يشترط فى الشقص المبيع – المشفوع فيه – أن يكون عقارا قابلا للقسمة، فإذا كان كذلك فيثبت للشفيع حق الآخذ بالشفعة وتملك المبيع جبرا عن المشترى لأن الضرر فى العقار يتأبد من جهة الشريك فثبتت الشفعة لإزالة الضرر [3] .

---

(1) يراجع : بدائع الصنائع 5 / 37 ، الفتاوى الهندية 5 / 175 ، المعونة 2 / 231 ، 232 ، الذخيرة 7 / 347 ، البيان العمرانى 7 / 142 ، أسنى المطالب 2 / 376 ، الإنصاف 6 / 280 ، كشاف القناع 4 / 150 ، شرح كتاب النيل 11 / 412 ، الملكية فى الشريعة الإسلامية للشيخ على الخفيف287 .

(2) يراجع : بدائع الصنائع 5 / 37 ، 38 ، الفتاوى الهندية 5 / 175 .

(3) يراجع : بدائع الصنائع 5 / 18 ، مجمع الأنهر 2 / 480 ، الذخيرة 7 / 280 ، الجلال المحلى 3/ 43 ، المغنى 7 / 147 ، المحلى 8 / 3 ، البحر الزخار 5 / 4 ، الروضة الندية 2 / 127 النيل 11 / 231 .

ولكنهم اختلفوا فيما إذا كان العقار غير قابل للقسمة أو كان الشقص منقولا وذلك على ثلاثة أقوال :

القول الأول : ذهب إليه " المالكية فى الرواية المشهورة عندهم ، والشافعية فى وجه ، والحنابلة فى ظاهر المذهب ، وقول عند الإمامية ، وقول عند الإباضية " .

إلى أنه يشترط فى المشفوع فيه أن يكون عقارا قابلا للقسمة أو ينتفع به مقسوما كالدور، والبساتين ، وما يتعلق بالعقار مما هو ثابت لا ينقل ولا يحول كالبناء ، والشجر ، وما يتعلق بها كالثمار ، وما عدا ذلك من العروض والمنقولات أو عقارا لا ينقسم كالبئر والحمام [1] الصغير والطريق فلا شفعة فيه [2] .

القول الثانى : ذهب إليه " الحنفية ، والمالكية فى قول ، والشافعية فى الصحيح عندهم والحنابلة " فى رواية إلى أنه يشترط فى المشفوع فيه أن يكون عقارا مطلقا سواء كان قابلا للقسمة أو لم يقبلها ، أما إذا كان منقولا تابعا للعقار كالبناء ، والشجر ، والزرع ، وبيع تبعا للعقار فتثبت فيه الشفعة تبعا لثبوتها فى العقار، وكذلك إذا كان غير تابع للعقار ولكنه بيع معه كالحيوان مع الأرض أو السيارة مع الأرض ، وإذا بيع وحده لم تثبت فيه الشفعة [3].

---

(1) الحمام : ما يغتسل فيه وهو موضع الاستحمام أى الاغتسال بالماء الحار أو البارد ، جمع : حمامات والحميم : الماء الحار ، ويطلق على البارد أيضا . يراجع : المعجم الوسيط 222 ، شرح كتاب النيل 11 / 328 .

(2) يراجع : بداية المجتهد 2 / 398 ، المعونة 2 / 227 / 228 ، مسالك الدلالة 260 ، 261 ، مغنى المحتاج 2 / 401 ، حاشية البجيرمى 3 / 543 ، أسنى المطالب 2 / 363 ، 364 ، المغنى 7 / 147 – 150 ، الروض المربع 368 ، العدة 275 ، 276 ، شرائع الإسلام 3 / 253 ، شرح كتاب النيل 11 / 331 ، 332 .

(3) يراجع : بدائع الصنائع 5 / 18 ، الهداية بهامش تكملة شرح فتح القدير 9 / 403 ، مجمع الأنهر 2 / 480 ، الفتاوى الهندية 5/ 160 ، حاشية الدسوقى والشرح الكبير 3/ 476 ، 482 ، الذخيرة 7 / 280 ، الجلال المحلى 3 / 43 ، شرح المنهج وحاشية الجمل 3 / 499 ، المغنى 7 / 147 – 150 الإنصاف 6 / 257 .

القول الثالث : ذهب إليه " المالكية فى قول ، والحنابلة فى قول ، والظاهرية ، والزيدية ، وقول عند الإمامية ، وقول عند الإباضية ، ومن التابعين عطاء [1] وجابر " .

إلى أنه لا يشترط فى المشفوع فيه أن يكون عقارا بل تثبت الشفعة للشفيع فى العقار مطلقا قبل القسمة أم لا ، والمنقول بيع تبعا أو بيع وحده ، حيوانا أو غيره ، فكل مال مشترك تثبت فيه الشفعة [2] .

ولعل سبب اختلافهم يرجع إلى تعارض الأدلة الواردة فى هذه المسألة .

الأدلة

أدلة القول الأول :

استدل أصحاب القول الأول على ما ذهبوا إليه من أن الشفعة لا تثبت إلا إذا كان المبيع عقارا قابلا للقسمة وما يتعلق بالعقار مما هو ثابت لا ينقل كالبناء والشجر ولا تثبت فى العقار الذى لا ينقسم ، وكذا فى المنقول ما لم يكن تبعا للعقار بما يلى:

1 – ما روى فى حديث جابر أن النبى – صلى الله عليه وسلم – " قضى بالشفعة فى كل شرك لم يقسم ربعة أو حائط [3] .

---

(1) عطاء هو : أبو محمد عطاء بن أبى رباح من التابعين وأبوه أسلم ، وقيل : سالم بن صفوان ، ولد سنة 27 هـ نشأ بمكة وتعلم بها ، من أجل الفقهاء وتابعى مكة وزهادها وانفرد بالإفتاء ، سمع من عائشة – رضى الله عنها – وأم سلمة ، وأبو هريرة ، وابن عمر ، وغيرهم ، وروى عنه قتادة والأوزاعى ، ومجاهد ، وغيرهم كان حجة وإماما كبير الشأن توفى سنة 115هـ رحمه الله تعالى0 يراجع : طبقات الفقهاء للشيرازى 69 ، طبقات ابن سعد 2 / 386 ، وفيات الأعيان 3/ 261 ، تذكرة الحفاظ 1 / 98 .

(2) يراجع : المعونة 2 / 228 ، الذخيرة 7 / 301 ، الشرح الصغير مع بلغة السالك 2 / 211– 213 المغنى 7 / 150 ، شرح الزركشى على مختصر الخرقى 4 / 192 ، المحلى 8 / 3 وما بعدها البحر الزخار 4/5 ، الروض النضير 3 / 342 ، السيل الجرار 3 / 172 ، الروضة الندية 2 / 127 ، فقه الإمام جعفر 4 / 124 ، شرح كتاب النيل 11 / 231 – 234 ، سبل السلام 3 / 154 ، 155 ، نيل الأوطار 5 / 396 .

(3) الحديث سبق تخريجه ص 319 .

2 – ما روى عن جابر أن النبى – صلى الله عليه وسلم – قضى بالشفعة فى كل ما لم يقسم[1].

وجه الدلالة من هذين الحديثين :

يدل هذان الحديثان على أنه تثبت الشفعة فى ما لم يقسم إذا كان يقبل القسمة أما ما قسم أو لم يقبل القسمة فلا شفعة لقضاء النبى – صلى الله عليه وسلم – بذلك[2].

3– أيضا – إثبات الشفعة فيما لا ينقسم يضر بالبائع ، لأنه لا يمكنه أن يتخلص من إثبات الشفعة فى نصيبه بالقسمة ، وقد يمتنع المشترى لأجل الشفيع فيتضرر البائع ، وقد يمتنع البيع فتسقط الشفعة فيؤدى إثباتها إلى نفيها .

4– الشفعة شرعت لدفع الضرر الذى يلحق بالمقاسمة وذلك بجمع العقار فى ملك شريك واحد فلكل واحد من الشركاء أن يطالب بالقسمة ، وفى إجرائها مؤونة وضيق فى المرافق ، بعد أن كان كل شريك يرتفق بالعقار جميعه وبأى موضع منه، فمكنه الشارع الحكيم من دفع هذا الضرر بأن جعله أحق بالمبيع من الأجنبى حتى يكون له العقار جميعه .

5– كذلك بنص الحديث الأول لا تثبت الشفعة فى المنقول حيوانا كان أو ثيابا ، لأن الشفعة مشروعة فى الأرض التى تبقى على الدوام ويدوم ضررها ، والمنقول لا يدوم والشفعة تملك قهرى تناسب مشروعيتها عند شدة الضرر ، فيجب أن يثبت حق الشفعة على ما جاءت به الشريعة الإسلامية لما فيه من الحد من حرية البائع والمشترى ، لأن انتقال الملك الأصل فيه الرضا والاختيار بين المالكين فلا يتوسع فيه بل يقتصر على موضع الضرورة حيث نص الحديث [3].

---

(1) الحديث سبق تخريجه ص 319 .

(2) يراجع : نيل الأوطار 5 / 396 ، سبل السلام 3 / 154 ، الأموال ونظرية العقد د / محمد يوسف موسى 189 .

(3) يراجع : بداية المجتهد 2 / 389 ، 399 ، حاشية الدسوقى 3 / 476 ، المنتقى 6 / 200 ، الشرح الصغير مع بلغة السالك 2 / 211 – 213 ، المعونة 2 / 228 ، الذخيرة 7 / 280 ، مغنى المحتاج 2 / 400 – 402 ، الجلال المحلى 3 / 43 ، البيان 7 / 98 ، 99 ، 103 ، الحاوى 9 / 99 ، –

أدلة القول الثانى :

استدل أصحاب القول الثانى على ما ذهبوا إليه من أن الشفعة تثبت إذا كان الشقص – المبيع – عقارا مطلقا قبل القسمة أو لم يقبلها ، وكذا إذا كان منقولا تابعا للعقار أو بيع معه ولا تثبت الشفعة فى المنقول إذا بيع وحده ، وذلك بما يلى :

1- ما استدل به أصحاب القول الأول من ثبوت الشفعة فى العقار الذى يقبل القسمة وعدم ثبوتها فى المنقول إذا بيع وحدة [1] .

2- أما العقار الذى لا يحتمل القسمة استدلوا على ثبوت الشفعة فيه بالآتى :

ما روى أن الرسول – صلى الله عليه وسلم – قال : " الجار أحق بشفعة جاره ينتظر بها"[2].

3- أيضا الشفعة شرعت لرفع الضرر اللاحق بالشركة فتجوز فيما لا ينقسم، فإذا كانا شريكين فى عين لم يكن دفع ضرر أحدهما بأولى من دفع ضرر الآخر ، فإذا باع نصيبه كان شريكه أحق به من الأجنبى ، إذ فيه إزالة ضرره مع عدم تضرر صاحبه ، حيث يصل إلى حقه من الثمن ويصل الآخر إلى استبداده بالمبيع فيزول الضرر عنهما جميعا .

4- الضرر بالشركة فيما لا ينقسم أبلغ وأكثر من الضرر بالعقار الذى يقبل القسمة، لأنه يتأبد ضرره ، فإذا كان الشارع الحكيم مريدا لدفع الضرر الأدنى فالأعلى أولى بالدفع ، ولو كانت الأحاديث مختصة بالعقارات المقسومة ، فإثبات الشفعة فيها تنبيه على ثبوتها فيما لا يقبل القسمة [3] .

=روضة الطالبين 5 / 70 ، الفروع 4 / 529 ، شرح الزركشى على مختصر الخرقى 4 / 189 ، 191 كشاف القناع 4 / 138 – 140 ، المغنى 7 / 148 – 150 ، شرائع الإسلام 3 / 253 ، فقه الإمام جعفر 4/ 124 ، شرح كتاب النيل 11 / 331 ، 332 .

(1) يراجع : ما سبق ص 345 ، 346.

(2) الحديث سبق تخريجه ص : 320.

(3) يراجع : بدائع الصنائع 5 / 18 ، المبسوط للسرخسى 95/14 – 98 ، تبيين الحقائق 5 / 239 252 الفتاوى الهندية 5/ 161 ، الهداية بهامش تكملة شرح فتح القدير 9 / 403 ، 404 ، بداية المجتهد

ولكن أصحاب هذا القول اختلفوا فيما بينهم فى ثبوت حق الشفعة فى العلو والسفل:

فقال الحنفية : يثبت حق الشفعة فى العلو والسفل ، لأنهما يلحقان بالعقار ، فتثبت الشفعة لصاحب السفل كما تثبت لصاحب العلو إذا بيع السفل ، لأن ملاك الطبقات متجاورون فيحق لهم الأخذ بالشفعة بسبب الجوار [1] .

أما المالكية، والشافعية، والحنابلة قالوا : لا تثبت الشفعة فى العلو السفل ، لأن البناء يرتكز على السقف، والسقف الذى هو أرض البناء لاثبات له فكان كالمنقولات إذ لا شركة بينهما ، لأن الحصص متمايزة والشركة منتفية ، وهما جاران ولا شفعة للجار ، أما إذ كان السفل مشتركا وأعلاه لإنسان فباع العلو مع حصته فى السفل تثبت الشفعة فى السفل خاصة [2] .

أدلة القول الثالث :

استدل أصحاب هذا القول على ما ذهبوا إليه من أن الشفعة تثبت فى كل مال مشترك سواء كان عقارا قبل القسمة أم لا؟ منقولا حيوانا أو غيره ، وذلك بما يلى:

لقد استدل أصحاب هذا القول على ثبوت الشفعة فى العقار الذى يقبل القسمة بم استدل به أصحاب القول الأول فنحيل إليه لعدم التكرار [3] .

---

2 / 398 ، 399 ، المنتقى 6 / 200 ، الشرح الصغير مع بلغة السالك 2 / 211 الذخيرة 7 / 280 ، روضة الطالبين 5 / 69 – 70 ، الجلال المحلى 3 / 43 ، شرح المنهج وحاشية الجمل 3 / 499 – 500 ، المغنى 7 / 150 ، العدة 276 ، أعلام الموقعين 2 / 139 140 ، الملكية للشيخ على الخفيف 280.

(1) يراجع : الفتاوى الهندية 5 / 164 ، بدائع الصنائع 5/ 18 ، الهداية بهامش تكملة شرح فتح القدير 9 / 404

(2) يراجع : حاشية الدسوقى 3 / 481 ، المعونة 2 / 229 ، الوجيز للغزالى 175 ، حاشيتى قليوبى وعميرة 3 / 43 ، أسنى المطالب 2 / 364 ، كشاف القناع 4 / 140 ، الإنصاف 6 / 259 المغنى 7 / 150 .

(3) يراجع ص : 345 ، 346 .

واستدلوا على ثبوت الشفعة فى العقار الذى لا يقبل القسمة بم استدل به أصحاب القول الثانى [1] .

واستدلوا على ثبوت الشفعة فى المنقولات بما يلى :

1 – ما روى أن رسول الله – صلى الله عليه وسلم – " قضى بالشفعة فى كل ما لم يقسم "[2].

فهذا الحديث عام يتناول المنقول من حيوان وغيره من ثياب وجوهر وآلات لايمكن قسمتها وكذا العقار ، لأن " ما " من صيغ العموم فتثبت فى المنقول كما ثبتت فى العقار .

2 – ضرر الشركة ثابت فى كل شيء ، وإن كان فى العقار أظهر ، وهو فيما لا يقسم أشد منه فيما يقسم ، ومن المنقول ما لا يتصور قسمته كالحيوان ، وماتضره القسمة كالجوهرة ، والشفعة فى ذلك أظهر حيث إن سبب مشروعية الشفعة رفع الضرر وهو ثابت فى العقار ، والمنقول ، ولا يقتصر على العقار، ولأن المصلحة فى ثبوتها فى المنقول واضحة ظاهرة ، ففى ثبوتها دفع الضرر بين الشركاء ، وليس الضرر فى أحدهما بأشد من الضرر الأخر ، والرسول " صلى الله عليه وسلم " يقول " لا ضرر ولا ضرار " [3].

وقيل : حيث ثبتت المصلحة فثم شرع الله ، وقال ابن حزم الشفعة واجبة فى كل شيء "[4].

والمسلم به فقها ومنطقا أن الحكم يدور مع علته وجودا وعدما ، وربما لا يقل ضرر الدخيل فى المنقول عن ضرره إذا كان المبيع عقارا ، فالضرر يثبت فى المنقول كما هو فى العقار .

---

(1) يراجع ص : 347 .

(2) الحديث سبق تخريجه ص : 319 .

(3) الحديث سبق تخريجه ص : 173 .

(4) يراجع : المحلى 8 / 3 مسألة 1595.

وقال المالكية : تثبت الشفعة فى المنقول من الخضر والفواكه مما له أصل يبقى فى الأرض وقتا ما إذا بيع منفردا عن أصله ما لم ييبس بعد العقد وقبل الأخذ بالشفعة .

وما روى عن الرسول-صلى الله عليه وسلم – أن الشفعة فى كل شرك " ، ليس فيه أنه لا شفعة إلا فى هذا وفقط ، وإنما فيه إيجاب الشفعة فى هذه الأشياء دون التعرض لكون ما عداها فيه الشفعة أولا ، وذكر بعض أفراد العام لا يقصره عليه ، والأحاديث مع ثبوتها فهى مفاهيم ولا تقاوم منطوق ، وهو قوله " صلى الله عليه وسلم " الشفعة فى كل شيء " فى رواية من حديث جابر السابق ، ويقول ابن حزم " كيف والحنفيون ، والمالكيون ، والشافعيون والمخالفون لنا فى هذا وهم أصحاب قياس، فهلا قاسوا على حكم الأرض والبناء وسائر الأملاك بعلة الضرر ودفعه"[1].

فللشريك فى الماشية كما فى القرى والسيارة والكشك الصغير لبيع الصحف ونحوه أخذ نصيب شريكه إذا باعه لأجنبى مادام سيدفع الثمن الذى دفعه الأجنبى ، والتعلل بالحرية فى التصرف يعتبر تعنتا لا ينبغى أن تعين عليه الشريعة بأى حال[2] .

وأرى أن هذا القول هو الراجح لقوة أدلتهم ، ولأن الشفعة شرعت لرفع الضرر عن الشريك ويستوى فى ذلك العقار والمنقول .

(1) يراجع : المحلى 8 / 8 .

(2) يراجع : المعونة 2 / 228 ، الشرح الصغير وبلغة السالك 2 / 213 ، الذخيرة 7 / 301 ، حاشية الدسوقى 3 / 480 ، المغنى 7 / 150 ، الزركشى على مختصر الخرقى 4 / 192 ، أعلام الموقعين 2 / 139 ، المحلى 8 / 8 ، البحر الزخار 5 / 4 ، السيل الجرار 3 / 172 ، الروض النضير 3 / 342 فقه الإمام جعفر 4/ 124 ، شرائع الإسلام 3 / 253 ، الروضة الندية 2 / 127 ، شرح كتاب النيل 11 / 331 – 334 ، سبل السلام ق / 154 ، 155 ، الأموال ونظرية العقد د / محمد يوسف موسى 189 وما بعدها ، الملكية للشيخ على الخفيف 281

المطلب الثانى
شروط استحقاق الشفعة فى القانون الوضعى

تقديم :

الشفعة ليست سببا اختياريا من أسباب الملك ، بل تعد من قبيل نزع الملك جبرا عن صاحبه، فلذا كان من الواجب التشدد فى شروطها .

ولقد وضع فقهاء القانون الوضعى شروطا يجب توافرها حتى يستحق الشفيع أخذ المبيع بالشفعة ، فإذا لم تتوافر هذه الشروط سقط حق الشفيع فى طلبه الأخذ بالشفعة، وهذه الشروط متعددة منها ما هو متعلق بالشفيع ، ومنها ما هو متعلق بالتصرف الذى يجيز الأخذ بالشفعة ، ومنها ما هو متعلق بالشيء المشفوع فيه ، وهذا ما أوضحه فيما يلى بشيء من التفصيل :

أولا : الشروط التى تتعلق بالشفيع :

1 – **أن يكون الشفيع مالكا للعقار المشفوع به من وقت البيع إلى وقت ثبوت الحق فى الشفعة :** لقد أوجب المشرع الوضعى لاستحقاق الشفيع للشفعة أن يكون مالكا لما يشفع به وقت هذا البيع ، سواء كانت هذه الملكية تامة أو شائعة [1] ، أو اقتصرت على الرقبة أو حق انتفاع ، أو حق حكر [2] .

---

(1) الملكية الشائعة : هى الملكية المشتركة بين عدة أشخاص دون أن يختص كل منهم بجزء مفرز فيه ، ويقع حق كل منهم على هذا الشيء جميعه ، ويقتصر فى الوقت ذاته على نسبة معينه فيه ...
يراجع : الوجيز فى الحقوق العينية الأصلية د / محمود جمال الدين زكى 113 .

(2) حق الحكر هو : حق عينى يترتب على أرض معينة ، يخول لصاحبه وهو المحتكر الإنتفاع بالأرض المحكرة بالبناء عليها أو الغراس فيها أو بأية وجوه أخرى فى مقابل أجرة معينه . يراجــع : الوجيز فى الحقوق العينية الأصلية دُ / محمود جمال الدين زكى 616 .

وأن يكون هذا الحق ثابتا له وقت البيع للعقار المشفوع فيه ، فلا تجوز الشفعة لغير المالك كالمستأجر ، والمستعير ، والمرتهن ، وإن طالت المدة [1].

إلا أنه قد رأى بعض فقهاء القانون الوضعى أن تعبير ، أن يكون الشفيع مالكا...غير شامل : حيث أثبت المشرع الوضعى حق الأخذ بالشفعة فى صور أخرى غير الملك كثبوته لصاحب حق الانتفاع ، والمستحكر – صاحب حق الحكر – فى بيع ملك الرقبة ، فالتعبير الدقيق ، هو : وجود حق الشفيع على العقار المشفوع به [2].

ويشترط فى حق الشفيع الذى يشفع به إذا كان ناشئا عن تصرف قانونى صادر إليه كعقد بيع ، أن يكون هذا العقد مسجلا وقت البيع للعين المشفوع فيها ، لأنه بمقتضى قانون التسجيل الجديد ، لا تنتقل الملكية إلا بالتسجيل .

فلذا لا تجوز الشفعة لو كان هذا التصرف غير مسجل ولو كان ثابت التاريخ قبل البيع ولو حصل على حكم بصحة التعاقد ما لم يتم تسجيله ، أو التأشير به قبل البيع المشفوع فيه .

إلا أنه قد ذهب فريق من فقهاء القانون الوضعى إلى أنه يجوز للشفيع الأخذ بالشفعة ولو كان عقد البيع الذى تملك به غير مسجل [3].

فإذا كان حق الشفيع الذى يشفع به ناشئا عن وضع يده على العقار ، ولم يكن قد استكمل مدة الوضع المكسب للملكية ، فلا يجوز له الأخذ بالشفعة ، وكذلك لو كان ناشئا عن التقادم فلابد من استكمال المدة قبل البيع المشفوع فيه .

أما إذا كان حق الشفيع ناشئا عن واقعة قانونية بأن كان وارثا ، وتلقى حق على العقار الذى يشفع به بالإرث نتيجة وفاة المورث ، فالوارث يتلقى حقه من تاريخ

---

(1) يراجع : الملكية والحقوق العينية د / محمد كامل مرسى 4 / 120 ، مجموعة أحكام محكمة النقض طعن 224 لسنة 58 ق نقض مدنى جلسة 1995/5/23، طعن 1458 لسنة 57 ق نقض مدنى جلسة 7/5/ 1992م.

(2) يراجع : الملكية والحقوق العينية د / محمد كامل مرسى 4/ 120.

(3) يراجع : الموجز فى أحكام القانون المدنى د / حسن كيرة 576 .

الوفاة ، فيجب أن تكون هذه الواقعة القانونية المنشئة لحق الشفيع متحققة قبل البيع المشفوع فيه .

ولقد ثار خلاف وجدل بين الفقه القانوني المصرى حول توريث الشفعة :

فرأى البعض جواز توريثها ، ورأى آخرون سقوطها بموت الشفيع .

وظهر هذا الخلاف فى أحكام القضاء ، فذهبت بعض الأحكام إلى انتقاله إلى الورثة وقضت أغلبها بسقوط حق الأخذ بالشفعة بموت الشفيع .

وتردد هذا الخلاف عند وضع قانون الشفعة الجديد بين مؤيد ومعارض ، وانتهى بترك الوضع إلى اجتهاد القضاء ، واستمر الخلاف فى القانون الجديد كما كان قبل العمل به. وانقسم فقهاء القانون الوضعى بين مؤيد قائل بانتقاله ، وبين معارض مناد بسقوطه ، وأخذت محكمة النقض وأيدت أن الشفعة تنتقل إلى الورثة ولو توفى الشفيع قبل رفع الدعوى أو قبل إبداء الرغبة فى الشفعة ، لأنه حق مالى يجرى فيه التوارث [1] .

ولا يكفى أن يكون حق الشفيع على عقاره الذى يشفع به موجودا وقت البيع المشفوع فيه ، بل يجب أن يستمر قيام هذا الحق للشفيع حتى وقت ثبوت حقه فى الشفعة .

وتحديد وقت ثبوت الشفعة للشفيع محل خلاف بين فقهاء القانون ناشئ عن الخلاف حول تحديد وقت حلول الشفيع محل المشترى فى عقد البيع المشفوع فيه أو وقت تملك الشفيع للعقار المشفوع فيه .

---

(1) يراجع : الوسيط فى شرح القانون المدنى د / السنهورى 9 / 580 وما بعدها ، شرح أحكام حق الملكية د / عبد الناصر العطار 223 وما بعدها . الملكية، المحاماة العدد الأول سنة 2001 ص 50 طعن رقم 254 لسنة 69 جلسة 9 / 12 / 1999 ، مجموعة الأعمال التحضيرية 6 / 349 وما بعدها ، حق الملكية د/ عبد المنعم البدراوى 359 وما بعدها ، حق الملكية د/ لاشين الغاياتى 268 269 ط:2004 م 2005 ، مجموعة أحكام محكمة النقض مجموعة عمر الثانية ص 575 ، نقض مدنى جلسة 8 / 6 / 1939 قاعدة 189 ، طعن رقم 311 لسنة 23 ق نقض مدنى جلسة 7 / 3 / 1957م.

والرأى الراجح : أن يظل الشفيع مالكا حتى تسليم المشترى بالتراضى ، أو بوقت الحكم للشفيع بالشفعة فى حالة التقاضى .

ولو انتقل أو زال هذا الحق قبل ثبوت الشفعة للشفيع بالتراضى أو التقاضى ، فلا تجوز الشفعة حتى ولو كان حق الشفيع قائما وقت بيع المشفوع فيه .

فلو كان سند ملكية الشفيع معلقا على شرط فاسخ أو قابلا للإبطال كتولي القاصر للعقد فيجوز الأخذ بالشفعة ، لأن له على العقار ملكية حالة ، وإن كانت معرضة للزوال عنه ، وإن تحقق الشرط أو حكم بالإبطال قبل ثبوت الشفعة ، فلا تجوز الشفعة .

أما إذا كان سند ملكية الشفيع معلقا على شرط واقف أو عقد باطل أو صورى فلا يحق له طلب الأخذ بالشفعة ، ولو تحقق الشرط قبل الأخذ بالشفعة ، لأنه لم يكن مالكا وقت البيع ولا عبرة بالأثر الرجعى لتحقق الشرط لأنه مجرد افتراض لإرادة المتعاقدين ولا عمل له فى نطاق الشفعة .

وكذلك لو كان الشفيع يشفع فى بيع عقار مجاور ثم نزعت ملكيته للمنفعة العامة قبل ثبوت الشفعة ، فلا شفعة له [1].

---

(1) يراجع : الوسيط د / السنهورى 9 / 580 وما بعدها ، الوجيز فى الحقوق العينية الأصلية د/ محمود زكى 393 – 396 ، 446 – 452 ، مجموعة الأعمال التحضيرية 6 / 349 – 356 حق الملكية د / عبد المنعم البدراوى 359 وما بعدها ، شرح أحكام حق الملكية د / عبد الناصر العطار 223 وما بعدها ، الموجز فى أحكام القانون المدنى د / حسن كيرة 576 – 582 ، الملكية والحقوق العينية د / محمد كامل مرسى 4 / 120 وما بعدها ، الشفعة فى ضوء أحداث الآراء والأحكام .
د/ مصطفى هرجة 69 ، مجموعة أحكام محكمة النقض السنة السادسة والأربعون لسنة 1995 ص 224 (جلسة 23/ 5 / 1995) لسنة 58 ق) مجموعة أحكام محكمة النقض 5 / 145 (نقض 4/ 4/ 1946 رقم 58) ، مجموعة أحكام محكمة النقض مجموعة محمود عمر ط : دار الكتب ، دار النشر للجامعات المصرية طعن رقم 209 نقض مدنى جلسة (22 / 2 / 1945) 4 / 568.

2- أن يكون الشفيع غير ممنوع من شراء العقار المشفوع فيه :

يشترط فى الشفيع الذى له الحق فى الأخذ بالشفعة ألا يكون ممنوعا من الأخذ بها أو من شراء العقار المبيغ ، **لأنه بتمام الشفعة يحل محل المشترى فى جميع حقوقه والتزاماته كما نصت على ذلك الفقرة الأولى من المادة** 945 من القانون المدنى) ويصير كما لو كان هو المشترى فلذلك لا تجوز الشفعة لشخص منعه القانون من الشراء ، والممنوعون من الشراء هم :

أ – **الوقف** : فإذا كان الشفيع وقفا فلا يجوز له الأخذ بالشفعة بمقتضى نص المادة 939 الفقرة الثانية من القانون المدنى (ولا يجوز للوقف أن يأخذ بالشفعة ..) .

فإذا بيع عقار مجاور لعقار موقوف أو بيعت حصة شائعة فى عقار كانت حصة أخرى فيه موقوفة ، فلا يجوز للوقف أن يأخذ بالشفعة على أساس الجوار أو الشركة فى الشيوع ، لأن الشفعة لا تكون إلا من ناظر الوقف ، أو من الموقوف عليه ، وكلاهما ليس مالكا للعقار الموقوف ليجوز له أن يشفع به .

ولكن لو بيع العقار الموقوف فى حالة الاستبدال جاز للشريك أو للجار غير الوقف أخذه بالشفعة ، لأنه مالك للعقار الذى يشفع به [1].

ب– **ألا يكون الشفيع نائبا عن الغير فى بيع العقار المشفوع فيه** : لأنه ممنوع من شرائه بمقتضى نص المادة 479 من القانون المدنى ، فلا يجوز له طلب الشفعة ، لتعارض المصلحة، لأنه يكون نائبا فى البيع ، أصيلا فى الشراء ، ولو توافرت شروط الشفعة ، لأن حماية الأصيل تقتضى المنع ، فربما يتواطأ مع المشترى بثمن بخس ، وكذلك السماسرة والخبراء يمتد المنع إليهم (م 480 مدنى) .

---

(1) يراجع : الوسيط فى شرح القانون المدنى د / السنهورى 9/ 593 وما بعدها ، شرح أحكام حق الملكية د / عبد الناصر العطار 224، 225 ، الوجيز فى الحقوق العينية الأصلية د / محمود جمال الدين زكى 454 ، 455 ، الملكية والحقوق العينية د / محمد كامل مرسى 4 / 128 ، القانون المدنى د / عبد المنعم البدراوى 450 ، الشفعة فى ضوء أحدث الآراء والأحكام م / مصطفى هرجة 87 ، حق الملكية. د/ لاشين الغاياتى 271.

ج- **ألا يكون الشفيع من أعضاء النيابة العامة أو القضاة أو المحامين أو كتبة المحاكم أو المحضرين** : فهؤلاء ممنوعون من شراء الحقوق المتنازع عليها الداخلة فى دائرة اختصاصهم بمقتضى نص المادة 471 من القانون المدنى ، وذلك حماية للمتقاضين من استغلال النفوذ ، وحماية رجال القضاء بإبعادهم عن الشبهات .

وذهب بعض فقهاء القانون إلى جواز الشفعة ، لأن القاضى أو المحامى ... الذى يريد الشفعة لا يقصد المضاربة ، وإنما يرغب فى إتقاء الضرر الذى شرعت من أجلة الشفعة وحرمانه من هذا الحق حرمان من حق مشروع أو جده المشرع الوضعى لجميع الناس ، ولم يستثن موظفى الحكومة . ولقد رجح بعض فقهاء القانون القول الأول بمنع الشفعة درءا للشبهات ومنعا من المحاباة [1] .

د- **ألا يكون الشفيع يملك خمسين فدانا أو مائة فدان هو وأسرته** : فليس له أن يأخذ أرضا زراعية بالشفعة ، لأنه يترتب على الأخذ بها زيادة الملكية عن الحد الأقصى لملكية الأراضى الزراعية وما فى حكمها من أراضى بور أو صحراوية وذلك بمقتضى القانون رقم 50 لسنة 1969م [2] .

3 - **أن يكون الشفيع أهلا للتصرف** ، لأنه يحل محل المشترى فى البيع الذى أبرمه ولأن الشفعة بالنسبة له أثر من البيع ، والأب ولي طبيعي بقوة القانون

---

(1) يراجع : الوسيط د / السنهورى 9 / 590 وما بعدها ، شرح أحكام حق الملكية د / عبد الناصر العطار 225 ، الموجز فى أحكام القانون المدنى د / حسن كيرة 576 ، الوجيز فى الحقوق العينية الأصلية د/ محمود زكى 452 ، 453 ، الملكية والحقوق العينية د / محمد كامل مرسى 4 / 128 ، 129 ، حق الملكية د / عبد المنعم البدراوى 366 ، حق الملكية د / لاشين الغاياتى 270 .

(2) يراجع : الموجز فى القانون الزراعى د / عبد الحميد عثمان الحفنى 41- 44 ط : 1990 ، المكتبة العالمية بالمنصورة - الشفعة فى ضوء أحدث الآراء والأحكام مصطفى هرجة 76 ، الوسيط د/ السنهورى 9 / 590 . شرح أحكام حق الملكية د / عبد الناصر العطار 225.

فله أن يأخذ بالشفعة نيابة عن ابنه الصغير ، أما غيره كالجد والوصي فلابد من إذن المحكمة [1] .

ثانيا : الشروط التى تتعلق بالتصرف المشفوع فيه :

1- أن يكون التصرف المشفوع فيه بيعا :

الأصل أن عقد البيع وحده هو الذى يقيم الحق فى الأخذ بالشفعة ، لأن أن هناك بعض البيوع لا تقيم الحق فى الشفعة على سبيل الاستثناء [2] .

فعقد البيع الذى يحيز الأخذ بالشفعة هو : العقد الذى يلتزم به البائع أن ينقل للمشترى ملكية شيء أو حقا ماليا آخر فى مقابل ثمن نقدى (مادة 418 مدنى) .

لأن عقد البيع تصرف قانونى صادر من الجانبين وناقل للملكية بعوض .

والحكمة فى قصر العقود التى تجيز الشفعة على عقد البيع تكمن فى أن البائع لا مصلحة له فى أن يشترى منه شخص بالذات حتى يستوى لديه أن ينتقل العقار المشفوع فيه إلى ملك المشترى ، أو ملك الشفيع .

أما إذا انتقلت الملكية بغير تصرف قانونى كالميراث، والتقادم، والإلتصاق [3] ، أو انتقلت الملكية بتصرف قانونى من جانب واحد كالوصية ، أو من جانبين ولكنها بغير عوض كالهبة ، أو كانت الهبة بعوض ولكن قيمة العوض قليلة بالمقارنة بقيمة

---

(1) يراجع : حق الملكية أ . د / لاشين الغاياتى 268 .

(2) لقد استثنى القانون المدنى بعض البيوع التى لا يجوز الأخذ فيها بالشفعة بمقتضى نص المادة 939 مدنى منها ، البيع بالمزاد العلنى الذى يتم وفقا للإجراءات التى رسمها القانون ، والبيع الذى يتم بين الأصول والفروع أو بين الزوجين، أو الأقارب لغاية الدرجة الرابعة ، أو بين الأصهار لغاية الدرجة الثانية ، وإذا بيع العقار ليجعل محل عبادة أو يلحق بمحل عبادة ، والأراضى المملوكة للدولة ملكية خاصة، والأراضى الموزعة على صغار الفلاحين وفقا لقانون الإصلاح الزراعى . يراجع : مجموعة الأعمال التحضيرية 6 / 403 ، الوسيط د / السنهورى 9 / 524 ، حق الملكية د / عبد المنعم البدراوى 384 ، الوجيز فى الحقوق العينية الأصلية د / محمود زكى 421 هامش 1 .

(3) الالتصاق هو : اندماج أو اتحاد شيئين متميزين أحدهما عن الأخر ومملوكين لمالكين مختلفين دون اتفاق بينهما على هذا الاندماج . يراجع : الوجيز فى الحقوق العينية الأصلية د / محمود جمال الدين زكى 342 .

الشيء الموهوب فتظل هبة فى الحقيقة " وذهب بعض فقهاء القانون إلى جواز الأخذ بالشفعة إذا كانت بعوض كبير وأن يدفع الثمن الحقيقى لا العوض المسمى فى العقد " [1] .

فمثل هذه التصرفات التى انتقلت فيها الملكية بغير عوض ، أو انتقلت الملكية بغير تصرف، أو انتقلت الملكية بعوض غير البيع كالقسمة ، والصلح ، والشركة ، والوفاء ، بمقابل فلا تجوز الشفعة ، لأنه لا يوجد بيع يتضمن ثمنا ، فالقسمة مثلا كاشفة عن الملك لا ناقلة ، وكذلك الصلح كاشف لا ناقل ، والوفاء فيه معنى استيفاء الدين [2] .

2- أن يكون التصرف المشفوع فيه بيعا حقيقيا له وجود قانونى :

فإذا كان التصرف المشفوع فيه وعداً بالبيع ، أو بيعا باطلا فلا تجوز الشفعة ، لأنه بيع منعدم ، ولا يكون البيع قائما فى الحالتين .

أما إذا كان البيع معلقا على شرط فاسخ أو قابلا للإبطال كبيع القاصر ، أو شرط واقف فتجوز الشفعة على وفق الرأى الراجح [3].

لأنه قبل الحكم بالإبطال أو تحقق الشرط الفاسخ أو الواقف فالبيع له وجود قانونى فإذا تحقق الشرط زال البيع والشفعة ، وإذا تخلف صار باتا واستقرت الملكية ، وكذلك التقايل يعد فسخا للبيع بالتراضى واعتباره كأن لم يكن ، فإذا حصل بعد

---

(1) يراجع : الملكية والحقوق العينية د / محمد كامل مرسى 4 / 156 ، الوجيز فى الحقوق العينية د/ محمود زكى 408 هامش 4 ، حق الملكية د ، لاشين الغاياتى 273 .

(2) يراجع : الوسيط د / السنهورى 9 / 493 ، 494 ، حق الملكية د / عبد المنعم البدراوى 378 شرح أحكام حق الملكية د/ عبد الناصر العطار 195 ، 199 ، الموجز فى أحكام القانون المدنى د/ حسن كيره 583 – 586 ، حق الملكية د / لاشين الغاياتى 273 .

(3) ولقد ذهب بعض فقهاء القانون إلى عدم جواز الشفعة فى البيع المعلق على شرط واقف ليس لعدم نفاذه ، ولكن لأن وجوده القانونى غير كامل ، إلى أن يتحقق الشرط . يراجع : الموجز فى أحكام القانون المدنى د / حسن كيره 588 ، شرح أحكام حق الملكية د / عبد الناصر العطار 196 هامش 5 .

الشفعة، فلا يتأثر حق الشفيع فى طلب الشفعة ، وإذا تم قبل الشفعة فقد زال البيع وأصبح له وجود قانونى ، ومن ثم فلا تجوز الشفعة [1] .

وينبغى التأكد والاستيثاق من وجود بيع حقيقى حتى يستحق الأخذ بالشفعة ، ومع ذلك قد يلجأ البائع والمشترى إلى وصف العقد بوصف آخر حتى يفوتا على الشفيع حق الشفعة كأن يصفا العقد بأنه هبة ، أو يهب البائع للمشترى جزءا صغيرا من الأرض المبيعة ، يكون هو الجزء الملاصق لأرض الشفيع ، ففى هذه الحالة يجوز للشفيع أن يثبت الحقيقة بكافة طرق الإثبات ليتمكن من إعمال أحكام الشفعة ، ويستحق أخذ كل الأرض بالشفعة بما فيها الجزء الموهوب فى الظاهر ، وإن كان بعض الفقهاء أجاز للمشترى أن يحتج بالعقد الحقيقى على الشفيع ليحرمه من الشفعة.

وينبغى أن يظل البيع قائما إلى حين إعلان الرغبة فى الشفعة ، فإذا تحقق الشرط الفاسخ أو حكم بإبطال البيع ، أو تم التقايل فلا تجوز الشفعة [2] .

3 – أن يكون التصرف المشفوع فيه بيعا تاما :

فيشترط فى البيع المشفوع فيه أن يكون قد انعقد تاما وأصبح ملزما لطرفيه ، ولا ينتقص من تمام العقد كونه عقدا ابتدائيا ، لأنه بيع بات وتام ولو لم يسجل ، وتسرى مواعيد الشفعة من وقت إبرامه سواء اقترن البيع الابتدائى بعربون أم لم يقترن فتجوز الشفعة فيه ، وكذا فى البيع النهائى ولو لم يسجل ، لأنه بيع بات

---

(1) يراجع : الوسيط د / السنهورى 9 / 508 ، 509 ، الموجز فى أحكام القانون المدنى د / حسن كيرة 586 – 590 ، الملكية والحقوق العينية د / محمد كامل مرسى 4 / 168 – 173 ، حق الملكية د/ لاشين الغاياتى 274 .

(2) يراجع : الوجيز فى الحقوق العينية الأصلية د / محمود كمال الدين زكى 411 – 415 ، حق الملكية د/ عبد المنعم البدراوى 378 وما بعدها .

والتسجيل ليس ركنا فى البيع ، ولا يوجد نص تشريعى يستلزم التسجيل للبيع للأخذ بالشفعة [1] .

ثالثا : الشروط التى تتعلق بالشيء المشفوع فيه :

1- أن يكون المشفوع فيه عقارا :

بمقتضى نص المشرع الوضعى فى تعريف الشفعة فى المادة 935 من القانون المدنى يشترط أن يكون المشفوع فيه عقارا سواء كان أرضا أم بناءا على أرض ، أو بناءا مستقلا عن الأرض كبيع شقة فى عمارة دون الأرض ، أو بيع المنتفع أو المحتكر الذى أقامه على الأرض التى له عليها حق الانتفاع أو الحكر قبل القسمة أو لم يقبلها .

وكذا تثبت الشفعة فى العقار ولو كان عقارا بالتخصيص كأثاث فندق بيع مع العقار المخصص لخدمته تبعا له .

أما إذا كان المشفوع فيه منقولا سواء كان منقولا بطبيعته كالسيارة ، والسفينة ، أو منقولا بحسب المآل كبناء معد للهدم ، أو أشجار معدة للقلع ، فلو بيعت هذه الحصة فلا يجوز للشريك أن يطلب أخذها بالشفعة ، وإن كان له حق الاسترداد [2] وكذلك لا تجوز الشفعة فى عقار بالتخصيص بيع مستقلا عن العقار المخصص لخدمته كأثاث الفندق ، وكذا المزرعة وما فيها من آلات ومواشى ، فهذه المنقولات الموضوعة فى العقار لخدمته أو استغلاله تعتبر عقارات بالتخصيص ، فالتصرف

---

(1) يراجع : حق الملكية د / عبد المنعم البدراوى 381 وما بعدها ، الوسيط د /، السنهورى 9 / 520 – 512 ، شرح أحكام حق الملكية د / عبد الناصر العطار 197 ، الموجز فى أحكام القانون المدنى د / حسن كيره 591 – 594.

(2) حق الاسترداد هو أن يسترد الشريك الحصة الشائعة التى باعها شريكه فى المال الشائع ، ونطاقه المنقول أو المجموع من المال ولو احتوى عقارا كالتركة ، والمحل التجارى ، فلو باع الشريك لأجنبى كان لبقية الشركاء حق الاسترداد . يراجع : الوجيز فى الحقوق العينية الأصلية د / محمود زكى 134 ، 135 .

فى العقار يشملها ما لم تستبعد من البيع ، فإذا بيعت مستقلة فلا تجوز الشفعة فيها ، لأنها تكون قد عادت إلى صفتها المنقولة ولا شفعة فى المنقول [1] .

2 – أن يأخذ الشفيع المشفوع فيه كله دون تجزئته :

لقد تضمن التقنين المدنى السابق والمشروع التمهيدى (للتقنين المدنى الحالى نصا يقضى بعدم تجزئة العقار المبيع ، ومن ثم فلا يجوز للشفيع أن يأخذ بعض المبيع المشفوع فيه دون البعض حتى لا تتفرق الصفقة على المشترى فيضار بذلك.

وحصل خلاف حول ذلك وانتهى إلى حذف النص وترك الأمر لاجتهاد القضاء[2].

ومع ذلك ، ينبغى الأخذ بهذا المبدإ رغم غياب النص فى التقنين المدنى الحالى استنادا إلى مبادئ الشريعة الإسلامية التى يحيل إليها المشرع الوضعى عند عدم وجود نص فى القانون الوضعى ، وينبغى أيضا عدم التقيد بمذهب معين من مذاهب الفقه الإسلامى ، بل يأخذ القاضى من مبادئ الشريعة ما كان أكثر توافقا مع أحكام القانون الوضعى المصرى وعند عدم التواجد أو التوافق فلا مناص من ترك الأمر لاجتهاد القضاء بالرجوع إلى مبادئ العدل مع مراعاة الظروف ووقائع النزاع .

---

(1) يراجع : الوسيط د / السنهورى 9 / 481 ، 482 ، شرح أحكام حق الملكية د / عبد الناصر العطار 195 ، الملكية والحقوق العينية د / محمد كامل مرسى 4 / 215 ، مجموعة الأعمال التحضيرية 6 / 345 ، حق الملكية د / لاشين الغاياتى 280، 281 .

(2) يراجع : الوسيط د د/ السنهورى 9 / 483 ، الموجز فى أحكام القانون المدنى د / حسن كيرة 596 وما بعدها ، الوجيز فى الحقوق العينية د / محمود زكى 396 وما بعدها ، الملكية والحقوق العينية د/ محمد كامل مرسى 4 / 221 ، ولقد أخذت محكمة النقض بأنه لا يجوز للشفيع أن يأخذ بعض المبيع دون البعض حتى لا يضار المشترى بتبعيض الصفقة طعن 1585 لسنة 56 ق نقض مدنى جلسة 28/4، 1987، طعن 1644لسنة 51 ق جلسة 9/4/ 1985م.

فإذا تعددت العقارات المبيعة صفقة واحدة وتوافرت شروط الأخذ بالشفعة فيها جميعا: فيجب على الشفيع أن يأخذ المبيع كله ، ولا يجوز أن يقتصر على البعض دون البعض منعا من تفريق الصفقة على المشترى .

وتعتبر الصفة واحدة إذا كانت العقارات متلاصقة أو متفرقة ولكنها مخصصة لعمل واحد أو لطريقة استغلال واحدة بحيث يكون استعمال حق الشفعة بالنسبة إلى جزء منها يجعل الباقى غير صالح لما أعد له من الانتفاع ، كعدة أراضى زراعية مخصصة لزراعة القطن لخدمة محلج للقطن ، أو قطعة أرض مخصصة لإقامة مدرسة ، والآخر المنفصل معد لساحة العاب لتلاميذها .

فإذا لم تتوافر شروط استحقاق الشفعة إلا فى بعض العقارات اقتصر حق الشفيع على طلبة للشفعة للعقار أو العقارات التى توافرت فيها الشروط ، إلا إذا رأى المشترى أن فى تفريق الصفقة على هذا الوجه ضرراً فاحشاً ، ولن يتمكن من الاستفادة من الباقى أو استغلالها فله أن يتمسك بأن يأخذ الشفيع الجميع ولو لم تتوافر الشروط بالنسبة لبعضها ، ويحرم الشفيع من حقه ما لم يتراض مع المشترى ويصبح بالخيار بين أخذ الكل أو ترك الكل .

وقال بعض فقهاء القانون لا تجوز الشفعة أصلا لعدم إمكان الأخذ فى العقارات التى لم تتوافر فيها الشروط ، وفى أخذ من توافر فيه الشروط تجزئة للصفقة على المشترى .

وإذا بيعت العقارات المتعددة لمشتر واحد فى صفقات متعددة فلا مجال لتطبيق مبدأ عدم التجزئة للصفقة ، وإذا تعدد الشفعاء وكانوا من درجة واحدة أو من طبقات مختلفة ، تعين على كل منهم أن يطلب الصفقة كلها ولا يقتصر على جزء يناسب حصته ، لاحتمال لا يطلب الشفعة غيره ، وليس للمشترى جبر الشفيع على أخذ حصته فقط ، لأن تفريق الصفقة عند التعدد تقرر لمصلحة الشفيع أيضا ، فإذا طلب الكل أخذه ، ولو طلب الجزء بطل حقه .

فإذا تعدد المشترون للعقار وكان لكل حصة شائعة فيه ، فالبيع صفقة واحدة ولا تجوز الشفعة إلا فى العقار كله ، وليس للشفيع أخذ حصة بعض المشترين دون البعض ، وقيل : هذا رأى ليس له سند تشريعى ، وينبغى الأخذ بما يراه الفقه الإسلامى من جواز أخذ حصة أحد المشترين ، ولو عين لكل مشتر جزءاً مفردا فيجوز للشفيع أن يأخذ من البعض دون البعض لأنها تعتبر بيوعا متعددة [1].

---

(1) **يراجع : الوسيط د/ السنهورى** 9 / 486 وما بعدها ، الوجيز فى الحقوق العينية د / محمود زكى 399 – 402 ، الموجز فى أحكام القانون المدنى د ، حسن كيرة 63 هامش 1 ، 601 ، 605 ، 632 ، شرح أحكام حق الملكية د / عبد الناصر العطار 232 – 233 ، مجموعة أحكام النقض السنة السادسة والأربعون ، ص 287 ، 288 (طعن 1837 لسنة 60 ق 1995/3/29 . طعن 1995 لسنة 55 جلسة 2/9/ 1995 ، مجموعة أحكام النقض 5 / 615 رقم 3100 ، نقض 18/2/ 1954 ، ونقض 14/1/ 1965 ح 6/ 52 ، حق الملكية د / لاشين262 ، 281 ، طعن 1458 لسنة 47 ق نقض مدنى جلسة 7 /1992/5، طعن 1685 لسنة 56 ق جلسة 28/4/ 1987م

المطلب الثالث

الموازنة بين موقف الفقه الإسلامى والقانون الوضعى من شروط استحقاق الشفعة

بعد بيان موقف الفقه الإسلامى والقانون الوضعى فى هذه المسألة يتضح ما يأتى:

1 – لقد وافق القانون الوضعى ما ذهب إليه جمهور الفقه الإسلامى من اشتراط كون الشفيع مالكا للعقار المشفوع به من وقت البيع إلى وقت ثبوت الحق فى الشفعة .

2 – وكذلك اتفقوا على أنه لا شفعة للوقف، ولا للمستأجر، ولا المستعير، ولا مابيع ليجعل مسجداً ، ولا فى البيع الفاسد، ولا الموقوف، ولا المعلق على شرط، ولا البيع بشرط الخيار.

3 – ولقد وافق القانون الوضعى ما ذهب إليه جمهور الفقهاء من اشتراط كون المشفوع فيه مبيعا ، أو عقد معاوضة، فتجوز الشفعة فى البيع، ولا تجوز فى انتقال الملك بغير عوض كالهبة ، والوصية ، ووافق القانون ما ذهب إليه الحنفية، والحنابلة، ومن وافقهم من عدم جواز أخذ الشفعة إذا كان التصرف بعوض غير البيع فلابد وأن يكون معاوضة مال بمال ، فلا تجوز الشفعة فى القسمة ولا فى بدل الصلح ، ولا بدل الخلع ومهر المثل .

4 – ولقد وافق القانون الوضعى ما ذهب إليه جمهور الفقهاء من اشتراط أخذ الشفيع المبيع كله ، وعدم جواز تجزئته منعا لتفريق الصفقة على المشترى حتى لا يضار بذلك .

5 – وكذا وافق ما ذهب إليه الفقهاء من تعدد الشفعاء وتعدد الصفقة المبيعة لمشتر واحد وتعدد المشترين .

6 – ولقد انفرد القانون مخالفا الفقه الإسلامى فى لستحقاق المشترى الشفعة كلها إذا كان شفيعاً ، ويتقدم على من فى درجته ومن هو دونه بينما ذهب الفقه الإسلامى إلى أنها توزع على الشفعاء بقدر حصصهم ، فلذا ينبغى أن يعدل نص القانون ليوافق أحكام الشرع لأن الشفعاء عند تعددهم يلحقهم ضرر وليس أحدهم أولى من الآخر . فى رفع الضرر عنه فلذا يجب أن توزع عليهم الشفعة بقدر حصصهم .

7– وفى القانون الوضعى تردد بين توريث حق الشفعة كما هو بين الحنفية وغيرهم وترك الأمر لاجتهاد القضاء ، وأرى ترجيح توريثها كما ذهب إلى ذلك بعض الفقهاء .

8– ولقد وافق القانون الوضعى ما ذهب إليه جمهور الفقهاء الحنفية، ومن وافقهم من جواز الشفعة فى العقار مطلقا قبل القسمة أم لا ، والمنقول التابع للعقار ، وكذا فى عدم جواز الشفعة فى المنقول ، وأرى أنه من العدل رعاية المصلحة للجميع بأن تثبت الشفعة فى العقار والمنقول كما ذهب إلى ذلك طائفة من الفقهاء ، لأنه ربما لا يقل ضرر الدخيل فى المنقول عن ضرره إذا كان المبيع عقاراً .

9 – أن الفقه الإسلامى ليس فيه ما يمنع الموظفين من الأخذ بالشفعة بعد توافر شروطها ولا مجال لمنع الشفيع من الأخذ بها ولو زاد ما يملكه عن خمسين فدانا ، أو كان نائبا عن الغير ، ولقد انفرد القانون الوضعي بذلك مخالفا للفقه الإسلامى[1].

وما ذهب إليه القانون الوضعى قريب فى مجملة لما ذهب إليه الفقه الإسلامى ولم لا ؟ وقد استمد القانون الوضعى أحكام الشفعة من الفقه الإسلامى .

---

(1) يراجع : الأموال ونظرية العقد د / محمد يوسف مرسى 190 ، 191 ، المبسوط للسرخسى 14/ 113 ، 114.

المبحث الثالث
من تثبت له الشفعة

وفيه ثلاثة مطالب :

المطلب الأول : من تثبت له الشفعة فى الفقه الإسلامى .

المطلب الثانى : من تثبت له الشفعة فى القانون الوضعى .

المطلب الثالث : الموازن بين موقف الفقه الإسلامى والقانون الوضعى فيمن تثبت له الشفعة .

المطلب الأول
من تثبت له الشفعة فى الفقه الإسلامى

الذى يستحق الأخذ بالشفعة هو الشفيع وبعض الفقهاء يعبر عنه الشافع .

تحرير محل النزاع :

لقد اتفق الفقهاء على أن الشفيع الذى يثبت له حق الأخذ بالشفعة هو الشريك الذى له حصة شائعة فى ذات العقار المبيع مادام لم يقاسم – أى شريكا فى الملك [(1)] ، ولكنهم اختلفوا بعد ذلك فى الشريك الذى قاسم إذا بقى له حق من حقوق العقار المبيع [(2)] ، والجار الملاصق فى ثبوت الشفعة لهما وتلك على قولين :

القول الأول : ذهب إليه الجمهور من " الصحابة ، والتابعين ، والفقهاء، عمر بن الخطاب وعثمان بن عفان ، وعلى بن أبى طالب ، والأوزاعى ، والليث ، وأبو

---

(1) يراجع : المبسوط للسرخسى 14/ 91 ، بداية المجتهد 2/ 396 ، البيان العمرانى 7/ 101 الوجيز للغزالى 175 ، المغنى 7/ 144 ، المحلى 28/8 ، السيل الجرار 3 / 172 ، الروضة الندية 2 / 127 ، النيل 11/ 336 ، نيل الأوطار 5/ 397 ، سنن البيهقى 6/ 105 ، الإجماع لابن المنذر ص 95 رقم 509

(2) حقوق العقار المبيع : الحقوق : المرافق ، والمرفق : كل ما ينتفع به ويستعان ، وحقوق المبيع حقوق الأرض وهى تقع على الطريق أو الممر أو مجرى الماء،أو مطرح القمامات، ونحو ذلك . يراجع : المعجم الوسيط 210 ، 386 ، مغنى المحتاج 2 / 109 ، الجلال المحلى 2 / 225 .

ثور ، وابن المسيب والزهرى [1] وإسحاق ، وابن المنذر، والمالكية ، والشافعية ، والحنابلة فى قول والظاهرية ، وبعض الزيدية، والإمامية " إلى أن حق الشفعة فى العقار لا يثبت إلا للشريك فى ذات العقار الذى لم يقاسم ، أما الشريك الذى قاسم فأصبح جارا ولا شفعة للجار ، ولا للشريك فى حق من حقوق المبيع كالطريق الخاص ، إلا الظاهرية قالوا : تثبت الشفعة للشريك فى حق من حقوق العقار إذا كان طريقها واحداً ، لأن الحدود لم تضرب والقسمة لم تتم [2].

القول الثانى: " ذهب إليه الحنفية ، والحنابلة فى قول، وبعض الزيدية، والإباضية ، ومن التابعين النخعى والثورى ، وشريح القاضى [3] والحسن

---

(1) الزهري هو : أبو بكر محمد بن مسلم بن عبد الله بن شهاب بن زهرة بن كعب بن لؤي القرشي الزهرى المدنى، ويقال له تارة الزهري وتارة ابن شهاب وهو تابعي صغير، أول من دون الحديث سمع من الصحابة:أنس بن مالك،وأبا أمامة، وسهل بن سعد،وغيرهم ، وسمع من كثير من التابعين وروى عنه أبو حنيفة ومالك، وعطاء، وهما من شيوخه والأوزاعى، والليث ، وغيرهما ، كان من أحفظ أهل زمانه ، حفظ القرآن فى ثمانين ليلة ، كان فقيها فاضلا له نحو ألفى حديث، توفى " رحمه الله تعالى" سنة 124 هـ هو ابن 72 سنة بالشام . يراجع : شذرات الذهب 1 / 162 ، البداية والنهاية 9 / 340 ، تهذيب الأسماء واللغات 1 / 105 – 107 .

(2) يراجع : بداية المجتهد 2 / 396 ، الذخيرة 7/ 318 ، الشرح الصغير بهامش بلغة السالك 2/ 211 المعونة 2 / 227 ، مسالك الدلالة 260 ، البيان العمرانى 7 / 101 ، 102 ، روضة الطالبين 5/ 72 ، الجلال المحلى 3/ 43 ، 44 ، الوجيز للغزالى 175 ، المغنى 7/ 144 ، الفروع 4 / 529 ، شرح الزركشى على مختصر الخرقى 4/ 187 ، الإنصاف 6/ 255 ، المحلى 8 / 28 مسألة 1612 ، السيل الجرار 3 / 172 ، نيل الأوطار 5/ 397 ، فقه الإمام جعفر الصادق 4/ 125 ، الروضة الندية 2 / 127 128 ، شرائع الإسلام 3 / 254 ، 255 ، سبل السلام 3 / 156 ، سنن البيهقى الكبرى 6/ 105.

(3) شرح القاضى هو : أبو أمية شريح بن الحارث بن قيس بن الجهم بن معاوية الكندي الكوفى التابعى أدرك النبى – صلى الله عليه وسلم – ولم يلقه ، وقيل : لقيه ولم يسمع منه ، روى عن عمر بن الخطاب وعلى بن أبى طالب ، وزيد بن ثابت، وابن مسعود وغيرهم ، وروى عنه النخعى، والشعبى وقيس بن حازم، وآخرون ، وتولى قضاء الكوفة ، والبصرة ، وقال على له أنت أقضي العرب ، واتفقوا على فضله، وتوثيقه وزكائه وأنه أعلمهم بالقضاء ، وقال : وليت القضاء لعمر ، وعثمان وعلى ومعاوية ويزيد بن معاوية، وعبد الملك إلى أيام الحجاج، توفى " رحمه الله تعالى" سنة 78 هـ وهو ابن مائة وعشرين سنة . يراجع : البداية والنهاية 9 / 22 ، وما بعدها ، طبقات ابن سعد 6/ 131 ، الأعلام 3/ 161،=

البصرى، وابن أبى ليلى ، وابن سيرين وقتادة [1] " إلى أن حق الشفعة يثبت للشريك فى ذات العقار المبيع، وللشريك فى حـــق من حقوقه كالطريق والجار الملاصق ولو بشبر [2] .

سبب اختلاف الفقهاء : لعل سبب اختلاف الفقهاء يرجع إلى ورود أحاديث متباينة فى هذا الموضوع واختلافهم فى العلة التى من أجلها شرعت الشفعة هل هى مؤنة القسمة كما ذهب إلى ذلك الجمهور أم لدفع ضرر الجوار كما يرى الحنفية ومن وافقهم " .

الأدلـــة

أدلة أصحاب القول الأول :

استدل أصحاب القول الأول " جمهور الفقهاء " على ما ذهبوا إليه من ثبوت الشفعة للشريك فى ذات العقار وعدم ثبوتها للشريك فى الحقوق أو الجار بالسنة ، والمعقول :

=شذرات الذهب 1/ 85 – 86 ، وفيات الأعيان 2 / 640 – 643 رقم 290 ، تهذيب الأسماء واللغات 1 / 232 .

(1) قتادة هو : أبو الخطاب قتادة بن دعامة بن قتادة بن عزيز الدوسى البصرى التابعى، ولد أعمى وسمع أنس بن مالك ، وأبا الطفيل، وابن المسيب، وغيرهم ، روى عنه سليمان التميمى، والأعمش، وشبعة والأوزاعى ، وكان أحفظ أهل البصرة وأعلمها ، وما سمع شيئا إلا حفظه ، ولد سنة 61 هـــ وتوفى سنة 118 هـــ ، " رحمه الله تعالى" . يراجع : الأعلام 5 / 189 ، البداية والنهاية 9 / 313 ، شذرات الذهب 1 / 153 ، 154 ، تهذيب الأسماء واللغات 2 / 368 ، 369 .

(2) يراجع : المبسوط للسرخسى 14/ 91 وما بعدها ، الهداية وتكملة شرح فتح القدير وشرح العناية 9 / 369 وما بعدها ، مجمع الأنهر 2 / 472 ، بدائع الصنائع 5 / 6 ، الاختيار 2 / 65 ، المغنى 7 / 144 ، الإنصاف 6 / 255 ، البحر الزخار 5 / 6 ، 7 ، الروض النضير 3 / 342 ، نيل الأوطار 5 / 397 ، شرح كتاب النيل 11/ 336 – 338 ، سبل السلام 3 / 156 .

من السنة :

1 – ما روى عن جابر – رضى الله عنه – قال : " قضى رسول الله – صلى الله عليه وسلم– بالشفعة فى كل ما لم يقسم ، فإذا وقعت الحدود وصرفت الطرق فلا شفعة " [1] .

2 – ما روى عن جابر أيضا أن النبى – صلى الله عليه وسلم – " قضى بالشفعة فى كل شرك لم يقسم : ربعة أو حائط لا يحل له أن يبيع حتى يستأذن شريكه فإن شاء أخذ وإن شاء ترك فإن باع ولم يستأذنه فهو أحق به " [2] .

وجه الدلالة من هذين الحديثين :

هذان الحديثان صريحان بشكل لا يقبل التأويل فى الدلالة على أن الشفعة تكون للشريك فحسب، وأنه لا محل للجار، لأنه ليس شريكا ، وبالتالى فالنصوص لا تشمله ، لأن الشريك إذا قاسم أصبح جارا والحديثان قد نفيا الشفعة بعد قسمة الأرض وحدها .

كذلك أيضا يدل هذان الحديثان على إثبات الشفعة فى غير المقسوم ، ونفيها عن المقسوم بعد أن تبين الحدود ، فالحدود بين الجارين واقعة ، والطرق مصروفه، فلذا كانت الشفعة منفية لأن ما بينه وبين جاره مقسوم واضح المعالم [3] .

من المعقول :

1– شرعت الشفعة لرفع الضرر الحاصل ، ففى حالة عدم ثبوتها للشريك فسيضطر إلى المقاسمة ، وهذا أمر يدخل عليه الضرر نتيجة لنقصان ملكه بسبب إحداث

---

(1) الحديث سبق تخريجه ص 319 .

(2) الحديث سبق تخريجه ص 319 .

(3) يراجع : نيل الأوطار 5 / 397 ، سبل السلام 3 / 156 ، بداية المجتهد 2/ 397 ، البيان العمرانى 102/7 ، حاشية البجيرمى 541/3 ، 542 ، نهاية المحتاج 5/ 198 ، السيل الجرار 3/ 171 فقه الإمام جعفر 4/ 125 ، الروضة الندية 2/ 128 ، 129 .

مرافق جديدة بعد أن كانت مرافق واحدة ، وهذا يسبب له مزيدا من التكلفة ، وهذه العلة خاصة بالشريك دون الجار .

2 – الشفعة لم تثبت للشريك الذى قاسم ، وقد أصبح جارا بعد مقاسمته ، فمن باب أولى الجار الذى لم يكن شريكا من قبل لم تثبت له .

3 – الشفعة ثبتت على خلاف الأصل وهو عدم جواز أخذ مال الغير بغير رضاه ، لأمر هو عدم التضرر بالقسمة والشركة من المشترى الجديد ، فلا يصح التوسع فيها، بل يجب الوقوف على ما ورد به النص، والضر الحاصل لا يتحقق فى الجار لأنه لم يقاسم وضرر القسمة ضرر لازم لا يمكن دفعه إلا بالشفعة ، أما مثل هذا الضرر– ضرر القسمة والشركة ليس متحققا بالنسبة للجار ، لأنه يمكن دفعه بالترافع إلى ولى الأمر فلا حاجة إلى الشفعة(1).

4 – لقد فرق بين الشريك والجار ، ففى الشركة حقوق لا توجد فى الجوار ، فالملك فى الشركة مختلط ، وفى الجوار متميز .

ولكل من الشريكين حق المطالبة بالقسمة والمنع من التصرف فيكون لهما حق الشفعة بخلاف الجوار، ولا يزال ضرر الجار بإدخال ضرر على المشترى ، لأن الشارع يقصد رفع الضرر عن الجار وعن المشترى ، فالمشترى يحتاج إلى دار يسكنها هو وعياله ، فإذا كان له حق الأخذ بالشفعة 0وانتزاع داره منه جبرا فيه إضرار بين ، وأي دار اشتراها وله جار فحاله معه هكذا ، وطلبه لدار لا جار لها متعذر متعسر ، فكان من تمام حكمة الشفعة أن تسقط بوقوع الحدود وتصريف الطرق ، لئلا يضر الناس بعضهم بعضا ، ويتعذر على من أراد شراء دار لها جار

---

(1) يراجع : الذخيرة 7 / 318 ، المعونة 2/ 227 ، مالك الدلالة 260 ، بداية المجتهد 2 / 397 ، البيان العمرانى 7/ 102 ، حاشية البجيرمى 3 / 541 ، 542 ، روضة الطالبين 5 / 72 ، المغنى 7 / 144 ، 145 ، كشاف القناع 4 / 138 ، أعلام الموقعين 2 / 147 ، الأموال ونظرية العقد . د / محمد يوسف موسى 195 ، بحوث فقهية معاصرة د / ماجد أبو رخية 2 / 511 ، الملكية ونظرية العقد للإمام محمد أبو زهرة ص 153 .

أن يتم له مقصوده ، فلذا كان الشريك فى ذات العقار الذى لم يقاسم هو الذى تثبت له الشفعة [1] .

أدلة أصحاب القول الثانى :

استدل أصحاب القول الثانى " الحنفية ومن وافقهم " على ما ذهبوا إليه من أن الشفعة تثبت للشريك فى ذات العقار ، والشريك فى الحقوق والجار الملاصق إذا لم يكن للبائع شريك فى الملك أو فى حق من حقوقه بالسنة والمعقول :

من السنـــــة :

1 – ما روى عن جابر رضى الله عنه قال : قال النبى صلى الله عليه وسلم " الجار أحق بشفعة جاره ينتظر بها وإن كان غائبا إذا كان طريقهما واحد "[2].

2 – ما روى عن الشريد بن سويد– رضى الله عنه – قال : قلت يا رسول الله أرض ليس لأحد فيها شرك ولا قسم إلا الجوار فقال : " صلى الله عليه وسلم " الجار أحق بسقبه ما كان "[3].

3 – ما روى عن سمرة بن جندب – رضى الله عنه – عن النبى – صلى الله عليه وسلم – قال : جار الدار أحق بالدار من غيره " [4] .

وجه الدلالة من هذه الأحاديث :

تدل هذه الأحاديث بظاهرها على ثبوت الشفعة للجار وذلك من حيث منطوقها فالجار الذى يشترك مع جاره فى مرفق، أو طريق ، أو مشرب ، أو غير ذلك ، فهو شريك فى الحقوق وجار ، وكذلك تدل على ثبوتها للجار العادى الذى هو غير شريك فى حقوق المبيع ، حيث إن من هذه الأحاديث ما يثبت الشفعة للجار

(1) يراجع : بداية المجتهد 2 / 397 ، الذخيرة 7 / 318 ، المغنى 7 / 144 ، 145 ، كشاف القنـــاع 4 / 138 ، المحلى 8/ 28 وما بعدها ، نيل الأوطار للشوكانى 5/ 397 ، سبل السلام للصنعانى 3 / 156 ، أعلام الموقعين لابن قيم 2 / 147

(2) الحديث سبق تخريجه ص : 320 .

(3) الحديث سبق تخريجه ص : 320 .

(4) الحديث سبق تخريجه ص : 320 .

دون قيد ، فحديث سمرة يفيد أن الذى يأخذ الدار كلها هو الجار ، أما الشريك فإنه يأخذ بعضها .

وإذا تعارض المطلق والمقيد ، فيحمل المطلق على المقيد إذا كان التعارض فى سبب الحكم، وأحاديث الشفعة للجار وردت مطلقة فى بعض الأحاديث ومقيدة بعدم القسمة فى أخرى ، فلم يحملوا المطلق على المقيد بل أثبتوا الشفعة للجار مطلقا ولو لم يكن شريكا عملا بإطلاق حديث الجار أولى بسقبه [1] .

من المعقول :

1 – الغرض من الشفعة ثابت للجار كما هو ثابت للشريك ، وإن لم يكن بقدر واحد لأن الجار أولى بالشراء من الأجنبى ، وعساه يلحقه ضرر من جواره ، فالحكم بالشفعة ثابت فى الشركة لإفضائها إلى ضرر المجاورة ، فحقيقة المجاورة أولى بالثبوت فيها .

2 – الناس يتفاوتون فى المجاروة تفاوتا فاحشا حيث يرغب فى مجاورة بعض الناس لحسن خلقه ، ويرغب عن جوار البعض لسوء خلقه ، فلما كان الجار القديم يتأذى بالجار الحادث على هذا الوجه ، ثبت له حق الملك بالشفعة دفعا لهذا الضرر ، لأنه قد يقع بينهم من العداوة أو المحبة ما هو معهود ، والضرر بذلك دائم ومتأبد إن وجد ، ولا يندفع ذلك إلا رضا الجار، فإن شاء أقر الدخيل على جواره له ، وإن شاء انتزع العقار بثمنه جبرا عنه واستراح من مفسدة هذا الجوار المتوقعة .

3 – قيل إن أضيق السجون معاشرة الأضداد لأن الجار يضيق زرعا بسوء طباع جاره إذا كان يضاره ، فالجار قد يسيء الجوار غالبا فيعلى الجدار ويتبع العثرات ، ويمنع ضوء النهار، ويشرف على العورات ، وإثارة الغبار ،

---

(1) يراجع : نيل الأوطار 5/ 397 ، سبل السلام 3/ 156 ، المبسوط للسرخسى 14/ 90 وما بعدها تبيين الحقائق 5 / 239 ، 240 ، المغنى 7 / 145 ، بحوث فقهية فى قضايا اقتصادية معاصرة د / ماجد أبو رخية 2 / 513 ، 514 ، إرشاد الفحول للشوكانى 2 / 479 .

ويؤذى جاره بأنواع الأذى ، ولا يأمن جاره بوائقه ، وهذا مما يشهد به الواقع ، فلذا كان دفع هذا الضرر الذى ربما لا يقل عن ضرر الشريك تكون بالشفعة للجار أيضا [1].

المناقشـــة

مناقشة أدلة أصحاب القول الأول :

ناقش الحنفية ومن وافقهم ما استدل به جمهور الفقهاء على ما ذهبوا إليه من ثبوت الشفعة للشريك فى ذات العقار وعدم ثبوتها للشريك فى الحقوق، ولا للجار، بما يلى :

1 – الأحاديث تثبت الشفعة للشريك إذا كانت الدار مشتركة وباع أحد الشريكين نصيبه قبل القسمة ، أما بعد القسمة فليس له حق لا فى الداخل ولا فى الدار نفسها ، فلا شفعة حينئذ .

وجاء فى تبيين الحقائق " الشفعة تجب للجار بقسمة الشركاء لأنهم أحق منه ، وحقه متأخر عن حقهم وبذلك يحصل التوفيق بين الأحاديث " [2].

2 – أحاديث الشفعة للشريك الذى لم يقاسم لا تدل على نفى ما عداه ، وإنما قد تقتضى تأكيد المذكور لا نفي غيره ، فالشريك الذى لم يقاسم هو المستحق الأول للشفعة ولا يزاحمه غيره ، فلذا كانت الأحاديث محمولة على إثبات المذكور دون نفى غيره .

---

(1) يراجع : المبسوط للسرخسى 14/91– 95 ، الهداية وشرح العناية مع تكملة شرح فتح القدير 9 / 373 ، تبيين الحقائق 5 / 240 ، بدائع الصنائع 5 / 756 ، أعلام الموقعين 2 / 145 ، 146 البحر الزخار 5 / 8 ، 9 ، الروض النضير 3 / 342 ، نيل الأوطار 5 / 397 ، سبل السلام 3/ 156 ، 157 شرح كتاب النيل 11/ 336 – 338 ، الأموال ونظرية العقد د / محمد يوسف موسى 195 ، 196 ، الملكية ونظرية العقد للإمام محمد أبو زهرة 153 ، 154

(2) يراجع : بدائع الصنائع 5/ 7، تكملة شرح فتح القدير 9/370 – 372 ، تبيين الحقائق للزيلعى 5 / 240 ، بحوث فقهية فى قضايا اقتصادية معاصرة د / ماجد أبو رجئة 2 / 515 .

وقضاء النبي – صلى الله عليه وسلم – لا ينفي الشفعة بالجوار ، لأن التنصيص على حكم موصوف بصفة لا ينفي الحكم عما عداه ، ولا حجة في عدم استحقاق الجار ، ويؤيد هذا الأحاديث المثبتة لحق الجار في الشفعة ، وقد يحمل على أن لا شفعة بسبب القسمة الحاصلة بوقوع الحدود وصرف الطرق [1] .

3 – لا نسلم أن الشفعة شرعت لـرفع أجرة القسمة ، بل العلة الموجبة دفع ضرر يلحق بسوء العشرة على الدوام ، ولو كانت أجرة القسمة لوجبت في المنقول.

4 – القول بأن ضرر القسمة لا يندفع إلا بالشفعة وضرر الجوار يدفع بالرفع إلى الحاكم غير مسلم . لأن ضرر الجوار لا يندفع بالرفع إلى الحاكم ، لأنه ضرر في حد ذاته فالإنسان يتأذى بالذهاب المستمر إلى المحاكم وليس قادرا منازعة السوء بالسوء وخاصة إذا كان الجار دائم الأذى كثير الإساءة .

5 – لا نسلم بأن القسمة فيها ضرر . بل هي تكميل لمنافع الملك، فإن كان يتحمل نفقات كثيرة لإضافة مرافق جديدة بسبب القسمة ، فإنه سوف يستقل بأرضه ويؤدى ذلك إلى زيادة سعر ما يملكه ، لأن الإقبال على شراء المشترك أقل بكثير من الإقبال على شراء الذى يستقل به صاحبه [2] .

مناقشة أدلة أصحاب القول الثاني :

ناقش جمهور الفقهاء ما استدل به الحنفية ومن وافقهم على ما ذهبوا إليه من ثبوت الشفعة للشريك في ذات العقار ، وفي حق في حقوقه ، وللجار الملاصق بما يلي :

---

(1) يراجع : بدائع الصنائع 5/ 7 ، تكملة شرح فتح القدير 9 / 374 ، 375 ، نيل الأوطار 5/ 397 ، 398 ، بحوث فقهية في قضايا اقتصادية معاصرة د / ماجد أبو رجنة 2 / 515 ، 516 .

(2) يراجع : المبسوط للسرخسي 14/ 95 ، بدائع الصنائع 5/ 7 ، الهداية وشرح العناية بهامش تكملة شرح فتح القدير 9 / 374 ، تبيين الحقائق 5 / 240 ، البحر الزخار 5 / 9 ، سبل السلام 3 / 157 ، شرح كتاب النيل 11/ 338 ، بحوث فقهية في قضايا اقتصادية معاصرة د / ماجد أبو رجنة 2 / 517

1 – لفظ الجار الوارد فى الأحاديث محمول على الشريك لأن الشريك يسمى جارا وكل شيء يقارب شيئا يقال له جار ، فإن زوجة الرجل تسمى جارة لما بينها وبين زوجها من المخالطة .

وحديث (الجار أحق بسقبه) ليس بصريح فى الشفعة ، لأن السقب : القرب ، فيحتمل أنه أحق بالبر والمعونة ، وإحسان جاره وصلته وعيادته ، وإنك ان المراد منه الشفعة فيحمل الجار على الشريك جمعا بين الأحاديث ، واسم الجار يقع على الشريك ، لأنه يجاور شريكه بأكثر من مجاوره الجار ، وعلى القريب ، والشريك أقرب من اللصيق ، فكان أحق باسم الجوار ، وإن لم يمكن حمل الجار على الشريك فيحمل على السببين أى الجار أحق بالصلة والإحسان والمواساة من غيره بسبب قربه [1].

ويجاب عن ذلك بأن :

حمل كلمة الجار فى الأحاديث على الشريك ليس فى موضعه ، لأن الأصل فى الكلام الحقيقة ، وظاهر الأحاديث دفع مثل هذا التوجيه ، وفى ذلك أيضا ترك للحقيقة [2] إلى المجاز[3] من غير دليل ، وأيضا : الزوجة لم تسم جارة، لأن

---

(1) يراجع : الذخيرة 7 / 319 ، حاشية الرملى 2/ 364 ، حاشية البيجيرمى 3 / 541 ، 542 المغنى 7 / 145 ، 146 ، كشاف القناع 4/ 138 ، المحلى 8/ 34 – 36 ، نيل الأوطار 5 / 397 – 400 ، سبل السلام 3 / 156 ، 157 .

(2) الحقيقة : لغة يقال حقيقة الشيء منتهاه وأصله المشتمل عليه ، وحقيقة الشيء خالصة وكنهه .

واصطلاحا : اللفظ المستعمل فيما وضع له فى اصطلاح التخاطب ، أو هى الشيء الثابت يقينا وما لستعمل فى معناه الأصلى . يراجع : المصباح المنير 89 ، المعجم الوسيط 210 ، نهاية السول للأسنوي 1 / 246 ، إرشاد الفحول للشوكانى 1/ 94

(3) المجاز : لغة مشتق من الجواز الذى هو التعدى والعبور ، تقول : جزت المكان الفلانى : أى عبرته فكأنه ينتقل من هذا إلى هذا .

واصطلاحا : اللفظ المستعمل فى معنى غير موضوع له يناسب المصطلح عليه ، وإطلاقه على هذا المعنى على سبيل التشبيه .

لحمها مخالط للحم زوجها وأنها تشاركه بل لقربها منه ومجاورتها له في الفراش ، فكذا الجار سمى جارا لقربه من جاره لا لمخالطته إياه فيما جاوره ، وحمله إلى معنى البر والإحسان بعيد يحتاج إلى قرينة [1] .

2 – حديث الشريد بن سويد تكلم أهل الحديث فى إسناده واضطراب الرواة فيه فقال بعضهم : عن عمرو بن الشريد عن أبى رافع ، وقال بعضهم : عن عمرو بن الشريد عن أبيه عن أبى رافع وأرسله بعضهم ، وأحاديث الشفعة للشريك أسانيدها جياد ليس فيها اضطراب وحديث سمرة مضطرب وفيه مقال ، وحديث جابر روى عن عبد الملك بن أبى سليمان وقيل عنه أنه ثقة مأمون ، ولكنه قد أنكر عليه هذا الحديث وقيل : قد سها فيه عبد الملك ، وقيل: أن الصحيح منها ليس نصا وأنها منسوخة [2] [3] .

ورد ذلك بأن :

القول بأن حديث الشريد مضطرب ، فقد ثبت أن إسناده جيد ، فقد أخرجه الإمام أحمد والبيهقى ، والنسائى ، وابن ماجه ، وأبو داود ، وغيرهم .

وحديث سمرة قال عنه الترمذى : حيث حسن صحيح .

- يراجع : لسان العرب 1/ 724 باب الزاى فصل الجيم ، المصباح المنير 72 ، نهاية السول للأسنوى 1 / 247 ، إرشاد الفحول للشوكانى 1 / 95 .

(1) المبسوط للسرخسى 14/ 91 ، نيل الأوطار 5/ 397 – 400 ، سبل السلام 3 / 157 ، بحوث فقهية فى قضايا اقتصادية معاصرة د / ماجد أبو رجية 2 / 521 .

(2) النسخ لغة : الإزالة والنقل يقال : نسخ الشيء نسخا ، أزاله ، فيقال : نسخت الشمس ، الظل ونسخ الله الآية : أزال حكمها ، ونسخ الحاكم الحكم : أبطله ، والكتاب : نقله . واصطلاحا : رفع حكم شرعى بطريق شرعى متراخ ، أو بدليل شرعى متأخر ، يراجع : المصباح المنير 357 ، المعجم الوسيط 956 ، نهاية السول للأسنوى 2 / 165 ، إرشاد الفحول للشوكانى 2 / 536.

(3) يراجع : الذخيرة 7 / 319 ، مسالك الدلالة 260 ، حاشية البجيرمى 3 / 541 ، المغنى 7/ 146 المحلى 8 / 34 ، 36 ، نيل الأوطار 5 / 400 – 402 ، سنن البيهقى 6/ 106 ، سنن الترمذى 3 / 650 وما بعدها.

وحديث عبد الملك الذى رواه عن جابر ، حديث حسن صحيح ولا منافاة بينه وبين حديث جابر، لأنه من أئمة الحديث ومن حفاظ الناس ،.وقال عنه الترمذى : أنه ثقة ، فلا طعن ولا وجه لحمل الحديث على الشريك [1] .

3 – أبو رافع راوى حديث الشريد كان شريكا لسعد بن أبى وقاص [2]، ولذا دعاه إلى الشراء منه ، وهو متطوع فيما صنع ، والحديث يحتمل أنه أراد الشفعة لكل جار ، أو أراد الشفعة لبعض الجيران دون بعض ، وقد ثبت أن لا شفعة فيما قسم فدل على أن الشفعة للجار الذى لم يقاسم دون القاسم .

وقيل : الحديث غير وارد فى الشفعة وأنه أحق بأن يعرض عليه ، أو أنه محمول على ما قبل المنع ، أو منسوخ ، أو مخصوص ، وأنه يقتضى أن يكون الجار أحق من كل أحد حتى من الشريك ولم يقل بذلك أحد [3] .

ويجاب عن ذلك :

القول بأن سعد كان شريكا لأبى رافع ممنوع ، لأن سياق القصة يدل على أنه ورد فى الشفعة وقد صرح بذلك فقال " أحق بشفعة أخيه " وقيل : أحق ، وقيل : ينتظر ، وسعد كان جارا لأبى رافع قبل أن يشترى داره ولم يكن شريكا .

---

(1) يراجع : سنن الترمذى 3 / 650 وما بعدها ، نيل الأوطار 5/ 400 – 402 ، سبل السلام 3 / 157 ، 158 ، سنن البيهقى 6 / 106 ، سنن الإمام أحمد 3 / 358 ، 389 ، سنن النسائى 7/320 سنن ابن ماجه 2/ 833 – 834 ، نصب الراية للزيلعى 4/ 174 ، المبسوط للسرخسى 14/ 92 .

(2) سعد بن أبى وقاص هو : أبو إسحاق سعد بن مالك بن وهب القرشى المكى المدنى الصحابى من السابقين إلى الإسلام ومن المهاجرين الأوائل شهد المشاهد كلها ، وقيل له : فارس الإسلام : وأول من رمى بسهم فى سبيل الله ، ورما ألف سهم يوم أحد ، وهو أحد العشرة المبشرين بالجنة ، وكان مجاب الدعوة : روى 270 حديثا ، اتفقا على 15 حديثا وانفرد البخارى بخمسة ومسلم بثمانية عشر روى عنه ابن عمر ، وابن عباس ، وغيرهما ولد سنة 23 قبل الهجرة . وتوفى" رحمه الله تعالى" سنة 55 هـ بالبقيع . يراجع : الأعلام 87/3، شذرات الذهب 61/1، تهذيب الأسماء واللغات 1/ 207 ، 208 .

(3) يراجع : الذخيرة 7 / 319 ، حاشية البيجرمى 3 / 541 ، كشاف القناع 4 / 138 ، المغنى 7 / 145 ، 146 ، المحلى 8 / 36 ، نيل الأوطار 5 / 397 – 400 ، سبل السلام 3 / 156 ، سنن البيهقى 6 / 106 ، بحوث فقهية فى قضايا اقتصادية معاصرة د / ماجد أبو رجئة 2 / 519 .

والحديث لا يدل على أن الجار أحق من كل واحد حتى من الشريك ، لأن شفعة الشريك مقدمة علي شفعة الجار باتفاق .

ولكن يحمل على أن الجار أحق بالشفعة من الأجنبي المشترى الذى لا جوار له ، وحمل الحديث على الجار الذى لم يقاسم ليس فى محله ، لأن سياق القصة لا يدل على ذلك ، ومال سعد كان مفروزا عن مال أبى رافع ولم يكن شريكا وإنما كان جارا [1] .

القول الراجـــح :

بعد بيان أقوال الفقهاء وأدلتهم فيمن تثبت له الشفعة ومناقشة ما أمكن مناقشته والرد عليه يتبين لى أن القول الراجح ما ذهب إليه ابن القيم حيث أثبت الشفعة للجار إن كان مع جواره شريكا فى حق من حقوق الارتفاق الخاصة كالطريق والشرب ، وإلا فلا شفعة للجار إن لم يكن بينه وبين العقار المبيع حق مشترك .

فهذا رأى وسط بين الذين يجعلون للجار حق الشفعة مطلقا إن لم يكن شريكا فى بعض الحقوق ، وبين الآخرين الذين لا يجعلون له حق الشفعة مطلقا وإن كان شريكا للبائع فى بعض الحقوق . وذلك جمعا بين الأدلة ويشهد لذلك قوله " صلى الله عليه وسلم " الجار أحق بشفعة جارة ، إن كان طريقهما واحدا " وقوله صلى الله عليه وسلم " الجار أحق بسقبه " فهما ينصان على اشتراط أن يكون للجار شركة فى حق من حقوق العقار المبيع ، كالطريق ويقاس عليه الشرب وغيره ، فالعدل يقتضى القول بهذا ، لأن الاشتراك فى حقوق الملك شقيق الاشتراك فى الملك ، والضرر الحاصل بالشركة فيها كالضرر الحاصل بالشركة فى الملك أو أقرب إليه،

---

(1) يراجع : المبسوط للسرخسى 14 / 91 . نيل الأوطار 5 / 397 ، 402 . سبل السلام 3 / 157 فتح البارى 9/313، 314 ، بحوث فقهية فى قضايا اقتصادية معاصرة د / ماجد أبو رخية 2 / 521 .

وفيه مصلحة للشريك من غير مضرة على البائع ولا على المشترى ، وهذا قول عمر بن العزيز [1]، وابن حزم ، والشوكانى [2] .

فإذا ما توافرت شروط الشفعة وثبت للشفيع الحق فى المطالبة بالشفعة سواء كان شريكا فى ذات العقار أو فى حق من حقوقه بأن كان جارا وله حق ارتفاق على العقار المبيع

فإن كان واحدا انفرد بحق الأخذ بالشفعة ، وإن تعدد الشفعاء ولم يطلبها إلا شريك واحد أو شفيع واحد استحقها كلها وليس له أخذ نصيبه فقط .

وإن طلبها الشفعاء جميعا استحقوها وتوزع بينهم على قدر الحصص فى الملك ، وقيل: توزع على قدر الرؤوس إذا كانوا فى درجة واحدة وقد أوضحت ذلك سابقا[3] .

فإن كانوا من طبقات مختلفة :

فيرى جمهور الفقهاء أنها لا تثبت إلا للشرك فى ذات العقار فلا تعدد، ولا تثبت إلا لطبقة واحدة وتكون على قدر حصصهم .

بينما ذهب المالكية إلى أن الشركة إذا كانت بينهم أصلية فلا أولوية ، وإن كانت نتيجة وراثة كشريك توفى فيقدم الأخص فى الشركة على غيره ، فلو كانت داراً

---

(1) عمر بن عبد العزيز هو : أبو حفص عمر بن عبد العزيز بن مروان بن الحكم الأموى القرشى الخليفة الصالح والملك العادل التابعى سمع من أنس بن مالك والسائب بن يزيد وسعيد بن المسيب وعروة والربيع ، والزهرى ، وغيرهم ، وروى عنه خلائق من التابعين ، أبو سلمة والزهرى ويحيى الأنصارى وغيرهم ، وأجمعوا على جلالته وفضله ، وملأ الأرض قسطا وعدلا وصلى أنس خلفه ولد بمصر سنة 61 هـ وتوفى سنة 101 هـ ،"رحمه الله تعالى" ، وكان له أربعة عشر ابنا وروى عنه منهم عبد الله ، وعبد العزيز . يراجع : حلية الأولياء 5 / 253 وما بعدها ، ط : دار الفكر ، شذرات الذهب 1 / 119 ، البداية والنهاية 192/9 ، تهذيب الأسماء واللغات 2 / 335 وما بعدهـا.

(2) يراجع : أعلام الموقعين 2 / 148 وما بعدها ، المحلى 28/8 – 38 ، نيل الأوطار 5/ 398 402 سبل السلام 3 / 158 ، الروضة الندية 2 / 129 ، الأموال ونظرية العقد د / محمد يوسف موسى 196، 197 ، الملكية ونظرية العقد لأبى زهرة 154 .

(3) يراجع : ص 340 وما بعدها .

لشخص وله ثلاث أخوات، وأم ، وأخت لأم ، ثم توفى ، وباعت إحدى الفتيات نصيبها فى الدار لأجنبى ، كان حق الشفعة للأختين دون الأم والأخت لأم ، لأن البيع جزء من حصة مستحقة إبتداءا للأخوات الشقيقات وهى الثلثان فهم شركاء فيه، وإذا باعت الأم أو الأخت لأم حصتها ، فحق الشفعة لجميع الورثة ، لأنهم شركاء فى الدار .

ولو كان الشركاء أصحاب فروض وعصبة فباع أحد العصبة حصته فالشفعة بين الجميع ، لأنه ليس للعصبة سهم معين حتى يختصوا به دون أصحاب الفروض [1].

بينما يرى الحنفية والظاهرية أنها تثبت للشريك فى ذات المبيع ، وللشريك فى حق من حقوقه ، وزاد للحنفية للجار الملاصق .

فعند تعددهم يقدم صاحب الطبقة الأولى على غيره وهو الشريك فى نفس العقار ، ثم يليه الشريك فى حق من حقوقه ، ثم يليه الجار الملاصق ، وإذا ترك من هو أولى حقه انتقل إلى من يليه [2] وإن كان أحد الشفعاء غائبا فلا يسقط حقه مادام لم يعلم ، وليس للحاضر أخذ نصيبه وترك الباقى ، بل يأخذ الكل لعدم تفريق الصفقة ، ويقاسم الغائب الحاضر عند حضوره وطلبه للشفعة على نسبة ملكه ، وقيل ، تؤخر إلى حين حضور الغائب ، وقيل : تنقض القسمة الأولى ويعاد التقسيم بين الجميع[3].

---

(1) يراجع : بداية المجتهد 2 / 402 ، الذخيرة 7 / 264 ، المعونة 2 / 229 ، 230 ، الشرح الصغير وبلغة السالك 2 / 216، 217 ، الملكية فى الشريعة الإسلامية للشيخ على الخفيف 272 .

(2) يراجع : المبسوط للسرخسى 14/ 92 ، بدائع الصنائع 5/ 7 – 11 ، الفتاوى الهندية 5/ 165 – 178 ، مجمع الأنهر 2 / 473 ، غمز العيون 193/3 ، تكملة شرح فتح القدير 9/ 375 – 379 المحلى 8 / 27 وما بعدها .

(3) يراجع : ص 340 ، البيان 7 / 141 ، 145 ، الروض المربع 369 ، المحلى 8 / 26 ، الروض النضير 3 / 343 ، شرائع الإسلام 3 / 256 ، النيل 11/ 412 . الأموال ونظرية العقد د / محمد يوسف موسى 201 .

فإذا ما ثبتت الشفعة للشفيع سواء كان شريكا أو جارا فلا يشترط فيه توافر صلة تربطه بالبائع حتى تثبت له الشفعة سواء كان المشترى من البائع تربطه صلة به أم لا ؟ واستحق الشفيع الأخذ بالشفعة ذكرا كان أو أنثى ، بالغا [1] أو صبيا [2] عاقلا، أو غير عاقل لأن الشفعة حق مبنى على الملك .

فالإناث والصبيان والمجانين لهم حق الأخذ بالشفعة وينوب عنهم من يقوم مقامهم من ولى أو وصى أو قيم .

وكذلك تثبت الشفعة للمسلم على المسلم وللذمى [3] على الذمى وللمسلم على الذمى أما ثبوتها للذمى على المسلم فاختلف الفقهاء فيه على قولين :

---

(1) البالغ هو : الذى وصل إلى حد الإدراك ، والبلوغ لغة : نضج الأعضاء التناسلية ، فيقال بلغ الغلام بلوغا : أدرك ، واصطلاحا : انتهاء حد الصغر ، أو قوة تحدث فى الشخص بها يخرج من حال الطفولة ويصير أهلا للخطاب بالتكاليف الشرعية ، وعلامات البلوغ أو حد إنتهاء الصغير : الاحتلام أو الإنبات للذكر والأنثى ، والحمل أو الحيض للأنثى فقط، وإن لم يوجد ذلك فحتى يتم الذكر ثمان عشرة سنة ، والأنثى سبع عشرة سنة عند أبى حنيفة ، وعند الجمهور بلوغ الذكر والأنثى خمس عشرة سنة . يراجع : مختار الصحاح 50 ، المصباح المنير 42 ، تكملة شرح فتح القدير وشرح العناية على الهداية 9 / 269 ، 270 ، المعونة 2 / 160 ، مغنى المحتاج 2 / 226 ، كشاف القناع 3 / 443 – 444 .

(2) العاقل هو : المدرك جمع عقال وعقلاء ، ويقال : عقل الغلام عقلا : أدرك وميز ، والعقل لغة : المنع والحبس ، وهو مأخوذ من عقال البعير ، لأنه يمنع ذوى العقول من العدول عن سواء السبيل ويحبس صاحبه عن التورط فى المهالك ، واصطلاحا : صفة يميز بها الإنسان بين الحسن والقبيح والخير والشر ، والحق والباطل ، ومحله : اختلف فيه فقيل : القلب، وقيل: الدماغ . يراجع : المصباح المنير 252 ، تهذيب الأسماء واللغات 3 / 216 ، التعريفات للجرجانى 196 ، مغنى المحتاج 1 / 51.

(3) الذمى : المعاهد الذى أعطى عهدا يأمن به على ماله وعرضه وديته ، مأخوذ من الذمة ، وهى فى اللغة العهد والأمن والضمان والكفالة ، وسمى المعاهد ذميا : نسبة إلى الذمة بمعنى العهد ، وأهل الذمة المعاهدون من أهل الكتاب ومن جرى مجراهم ، وعقد الذمة هو : أن يقر الحاكم أو نائبه بعض أهل الكتاب أو غيرهم من الكفار على كفرهم بشرطين :

1 – أن يلتزموا أحكام الإسلام فى الجملة . 2 – أن يبذلوا الجزية . يراجع : تهذيب الأسماء واللغات 3 / 106 ، المصباح المنير 128 ، المعجم الوسيط 339 ، فقه السنة للشيخ السيد سابق 2 / 64 ط : دار الفكر – الطبعة الرابعة 1403 هـ – 1983م

القول الأول : ذهب إليه جمهور الفقهاء " الحنفية ، والمالكية ، والشافعية ، والحنابلة في قول ، والظاهرية ، والإباضية ، ومن التابعين ، شريح ، وعمر بن عبد العزيز ، والنخعي.

أنه تثبت الشفعة للشفيع إذا كان ذميا على المسلم المشفوع عليه ، وذلك لعموم أدلة الشفعة ، وأيضا لما يلي :

أ - لأن لفظ الشريك اسم جنس يعم كل شريك مسلم أو غير مسلم، فتثبت للذمى على المسلم ، لتساويهما في سبب الشفعة وحكمتها ، فيتساويان في الاستحقاق.

ب - هى خيار ثابت للشفيع لدفع الضرر بالشراء ، وهى من حقوق المال فيستوى فيه الذمى وغيره كخيار الشرط .

جـ - لقد قضى شريح بالشفعة لذمى على مسلم وكتب إلى عمر بن الخطاب فأجازه وكان بمحضر من الصحابة ولم ينكره أحد فكان ذلك إجماعا[1] .

القول الثانى : ذهب إليه " الحنابلة في قول ، والزيدية ، والإمامية ، ومن التابعين الحسن والشعبى " أنه لا شفعة لذمى كافر على مسلم ، واستدلوا على ذلك بما يلى :

1 - قولـــه تعالى: ﴿ ولن يجعل الله للكافرين على المؤمنين سبيلا ﴾[2] وشفعة الذمى سبيل فلا تجوز ، والشفعة تثبت في العقار فأشبه الاستعلاء في البنيان والكافر ممنوع من ذلك بالنسبة للمسلم ، وفى شركته ضرر بالمسلم .

---

(1) يراجع : المبسوط للسرخسي 14/ 93 ، بدائع الصنائع 5 / 23 ، الذخيرة 7 / 262 ، حاشية الدسوقى 3 / 473 ، المعونة 2 / 238 ، الحاوي 9 / 97 ، البيان 7 / 111 ، 112 ، أسنى المطالب 2 / 364 ، الإنصاف 6 / 312 ، المحلى 8 / 22 مسألة 1599 ، شرح كتاب النيل 11/ 336 ، 361 ، شرح النووى لصحيح مسلم 11 / 223 .

(2) جزء من الآية رقم 141 من سورة النساء .

2 – ما روى عن أنس رضى الله عنه أن النبى صلى الله عليه وسلم قال : " لا شفعة لنصرانى " [1] فهذا الحديث يخص عموم أدلة الجمهور ويخرج من العموم الذمى فلا شفعة له على مسلم .

3 – لأنها شرعت للرفق والذمى لا يستحق الرفق ، لأنه لم يقر بالشريعة ولم يعمل بها [2].

والراجح : ما ذهب إليه الجمهور لقوة أدلتهم وضعف الحديث الذى احتج به فقال البيهقى هو من الأحاديث النكرة ، فلا يصلح مخصصا لعموم الأدلة الموجبة للشفعة ،ولو سلم صحته فيحمل على أنه لا شفعة بدون سبب شرعى ، وأيضا الشريعة جعلت للمسلمين والذميين على السواء لهم ما لنا وعليهم ما علينا ، وسماحة الإسلام توجب الرفق به والإضرار به يتنافى مع التزام المسلمين له فى عقد الذمة فتثبت الشفعة للشريك أو الجار مطلقا مسلما كان أو ذميا إذا كان فى جزيرة العرب [3].

---

(1) الحديث أخرجه البيهقى فى سننه 6 / 108 ، 109 ، وقال : فيه ضعف لأن أحد رواته وهو نائل أحاديثه مظلمة.

(2) يراجع : المغنى 7 / 256 ، كشاف القناع 4 / 164 ، الإنصاف 6 / 312 ، البحر الزخار 5 ، 5 الروض النضير 3 / 334 ، السيل الجرار 3 / 173 ، فقه الإمام جعفر 4 / 127 ، شرائع الإسلام 3 / 54 ، 55 ، شرح النووى لصحيح مسلم 11 / 223.

(3) يراجع: سنن النسائى للبيهقي 6 / 108، المبسوط 14 / 93 ، الذخيرة 7 / 262 ، 263 ، سبل السلام3 / 155 ، الفقه الإسلامى للزحيلي 5 / 802 ، الشفعة بين الشريعة والقانون د / حسن عجوة 96 .

المطلب الثاني
من تثبت له الشفعة في القانون الوضعي

تقديم :

لقد حدد القانون المدنى الأشخاص الذين يثبت لهم صفة الشفيع حتى يتمكنوا من حق المطالبة بالشفعة ، وذلك بمقتضى نص المادة 936 من القانون المدنى ، والتى نصت على أنه يثبت الحق فى الشفعة :

أ- لمالك الرقبة إذا بيع كل حق الانتفاع الملابس لها أو بعضه .

ب- للشريك فى الشيوع إذا بيع شيء من العقار الشائع إلى أجنبى .

جـ- لصاحب حق الانتفاع إذا بيع كل الرقبة الملابسة لهذا الحق أو بعضها .

د - لمالك الرقبة فى الحكر إذا بيع حق الحكر وللمستحكر إذا بيعت الرقبة .

هـ- للجار المالك فى الأحوال الآتية :

1 - إذا كانت العقارات من المبانى أو من الأراضى المعدة للبناء ، سواء أكانت فى المدن أم فى القرى .

2 - إذا كانت للأراضى المبيعة حق ارتفاق على أرض الجار ، أو كان لأرض الجار حق ارتفاق على الأرض المبيعة .

3 - إذا كانت أرض الجار ملاصقة للأراضى المبيعة من جهتين وتساوى من القيمة نصف ثمن الأرض على الأقل " .

من خلال هذا النص يتضح أن المشرع الوضعى استهدف أغراض ثلاثة فى حالات الشفعة:

أولا : رفع الضرر عن الشركاء فى الملكية الشائعة مع تقليل عدد الشركاء كلما أمكن ذلك ، فلذا أثبت المشرع الوضعى الشفعة للشريك إذا بيع شيء من العقار الشائع لأجنبى، ويكون لهذا الشريك صفة الشفيع، وهذا أمر متفق عليه بين الفقه الإسلامى والقانون الوضعى [1].

---

(1) يراجع : شرح أحكام حق الملكية د / عبد الناصر العطار 209 ، 210 ، فقرة 95 .

ثانيا : رفع الضرر عن الجيران بإثبات الشفعة لهم ، حيث تثبت صفة الشفيع للجار المالك فى أحواله الثلاثة ، وهذا أمر محل خلاف بين الفقه الإسلامى ، وكانت صفة الشفيع للجار محل خلاف فى الأعمال التحضيرية للقانون المدنى الحالى واستقر الأمر على ثبوت الشفعة للجار .

ثالثا : جمع ما تفرق من حق الملكية ، حيث تثبت الشفعة لمالك الرقبة بضم حق الانتفاع إلى الرقبة ، وللمنتفع بضم الرقبة إلى الانتفاع ، وللمستحكر إذا بيعت الرقبة ، وهذا أمر غريب عن الفقه الإسلامى وغير مسلم به ، بينما هو منصوص عليه فى القانون المدنى الحالى [1].

وفيما يلى أبين الأشخاص الذين يثبت لهم حق الشفعة بشيء من التفصيل بترتيبهم كما ورد فى نص المادة 936 من القانون المدنى :

أولا : مالك الرقبة :

تثبت صفة الشفيع لمالك الرقبة ، كما لو أعطى شخص حق الانتفاع بملكه لآخر واقتصر حق المالك على ملكيته للرقبة فحسب ، فإذا باع المنتفع حقه فى الانتفاع كله أو بعضه لشخص آخر ، كان لمالك الرقبة الحق فى أخذه بالشفعة وضمه إلى الرقبة ليعود مالكا ملكية تامة ، وكذا لو أعطى المالك حق الاستعمال ، أو حق السكنى لآخر ، فلو بيع حق الاستعمال ، أو حق السكنى جاز لمالك الرقبة أخذه بالشفعة .

ولو تعدد مالكوا الرقبة فى الشفعة فى حق الانتفاع أو غيره ، فيكون الاستحقاق للشفعة على قدر نصيب كل منهم فى الرقبة ، ولا يجوز لأحدهما المطالبة بحصته فقط لما فيه من تفريق للصفقة على المشترى مما يضر به .

---

(1) يراجع : الوسيط د / السنهورى 9/ 542 ، 543 ، الوجيز فى الحقوق العينية الأصلية د / محمود جمال الدين زكى 426 ، شرح أحكام حق الملكية د / عبد الناصر العطار 210 ، 211 ، مجموعة الأعمال التحضيرية 6/ 357 ، 358 ، مجموعة أحكام محكمة النقض طعن 428 لسنة 55 ق ، نقض مدنى جلسة 29/5/ 1991م .

ومع ذلك فإن هذه الحالة نادرة الحصول فى الحياة العملية فى القانون الوضعى المصرى نظرا لعدم شيوع حق الانتفاع فيه [1] .

ثانيا : الشريك على الشيوع :

المقصود بالشركة فى الشيوع : الشركة فى ذات العقار المبيع بشيء منه ، فلا تجوز الشفعة لشريك فى حائط أو فناء ، أو مجرى رى مشترك وليس شريكا فى العقار الذى وقع البيع على شيء منه .

فتثبت صفة الشفيع للشريك فى الشيوع إذا بيع شيء من العقار الشائع إلى أجنبى . لأن الحكمة منع دخول الأجنبى بين الشركاء على غير رغبة أحد الشركاء المشتاعين ، فإذا تم البيع إلى أجنبى ثبت للشريك صفة الشفيع واستحق أخذ المبيع جبرا عن المشترى والبائع . أما إذا بيعت الحصة لأحد الشركاء فى الشيوع ، فلا يجوز لشريك أخر أن يأخذ بالشفعة ، وأن تظل حالة الشيوع قائمة حتى وقت البيع، فإذا انتهت حالة الشيوع بالقسمة وأفرزت الأنصبة فلا شفعة إذا باع أحدهم نصيبه المفرز لباقى الشركاء السابقين باعتبار الشيوع ، وإنما قد تثبت الشفعة باعتبار الجوار ، سواء سجلت القسمة أم لم تسجل ، لأن التسجيل شرط نفاذ فى مواجهة الغير، ويحتج بها فيما بينهم دون تسجيل .

وأن يكون المبيع حصة شائعة لا جزء مفرز ، فإذا باع أحد الشركاء المشتاعين جزءا مفرزا فى المال الشائع إلى أجنبى قبل القسمة فاختلف شراح القانون المدنى فى ذلك :

---

(1) يراجع : الوسيط د / السنهورى 9 / 544 فقرة 180 ، الموجز فى أحكام القانون المدنى د / حسن كيرة 537 – 542 ، شرح أحكام حق الملكية د / عبد الناصر العطار 211 فقرة 95 . حق الملكية د / عبد المنعم البدراوى 335 ، الشفعة فى ضوء أحدث الآراء والأحكام مصطفى هرجة 27 – 32 حق الملكية د / لاشين الغاياتى 249 .

فمنهم من قال : تثبت للشريك صفة الشفيع ويأخذ الجزء المباع بالشفعة ولو قبل القسمة وبهذا أخذت محكمة النقض فى قضائها الحديث حيث أجازت للشريك الأخذ بالشفعة إذا بيع شيء مفرز من العقار الشائع إلى أجنبى .

وذهب رأى إلى أنه : لا تثبت الشفعة للشريك ، لأنه بيع غير نافذ فى مواجهة باقى الشركاء ، وبالتالى يكفى للشركاء ألا يقروا هذا البيع ، لأنه لا يصبح المشترى مالكا معهم ، ولا يجوز للشريك أن يشفع فى جزء مفرز باعه شريك آخر [1].

ثالثا : صاحب حق الإنتفاع :

من الأشخاص الذين يثبت لهم صفة الشفيع ويستحقون الأخذ بالشفعة صاحب حق الانتفاع إذا بيعت كل الرقبة الملابسة لهذا الحق أو بعضها إلى أجنبى .

والعلة فى ذلك هى : تجميع عناصر الملكية فى يد المنتفع ، ويصبح مالكا للعقار كله أو بعضه ملكية تامة بضم الرقبة إلى حقه فى الانتفاع ، ولصاحب حق الاستعمال ، والسكنى الشفعة عند بيع الرقبة الملابسة لحقه كلها أو بعضها ، لأن أحكام حق الانتفاع تسرى على حق الاستعمال، والسكنى متى كانت لا تتعارض مع طبيعة هذين الحقين (مادة 998 مدنى) .

فإذا تعدد أصحاب حق الانتفاع على العقار وبيعت الرقبة كان لهم مجتمعين أن يأخذوا الرقبة بالشفعة كل بقدر حصته ، أما إذا طلب أحدهم أن يشفع فى حصته فقط وامتنع الأخرون فقد اختلف الفقه القانونى فى ذلك ، ويرجع الخلاف إلى قابلية الشفعة للتجزئة وعدم قابليتها **فذهب فريق إلى أن للشفيع أن يشفع بقدر حصته ما لم تكن الصفقة غير قابلة للتجزئة ، لأن هذا القدر الملابس منها لحق الانتفاع الذى**

---

(1) يراجع : الوسيط د / السنهورى 9/ 547 ، حق الملكية د / عبد المنعم البدراوى 337 ، شرح أحكام حق الملكية د / عبد الناصر العطار 213 – 215 ، الملكية والحقوق العينية د / محمد كامل مرسى 4 / 62 ، الموجز فى أحكام القانون المدنى د / حسن كيرة 545 – 552 ، الوجيز فى الحقوق العينية الأصلية د / محمود زكى 427 – 430 ، مجموعة أحكام محكمة النقض (نقض 20 / 1/ 1988) طعن 175 س 54 ق – نقض 3/11/ 1987 طعن 1466 س 53 ق) (نقض 1 /5/ 1980 طعن 784 س47 ق) ، نقض 1837 لسنة 60 ق جلسة 3/29/ 1995م .

له ، وللمشترى أن يجبره على أخذ الرقبة كلها أو ينزل عن حقه فى الشفعة منعا لتفريق الصفقة.

وذهب آخرون إلى أن المنتفع لا يجوز له أن يأخذ بالشفعة مطلقا لا الجزء الذى يقابل حصته حتى لا تتجزأ الصفقة ، ولا الرقبة كلها ، لأنه لا يملك الشفعة فى بعض أجزائها .

ولو كانت الرقبة لأشخاص ، وحق الإنتفاع لشخص وباع أحد مالكى الرقبة نصيبه للغير فلصاحب حق الانتفاع : الشفعة [1] .

رابعا : مالك الرقبة فى الحكر والمستحكر :

من الأشخاص الذين تثبت لهم صفة الشفيع ويستحقون الشفعة مالك الرقبة فى الحكر إذا بيع حق الحكر ، وللمستحكر إذا بيعت الرقبة .

والحكمة فى ذلك جمع ما تفرق من عناصر الملك وابتغاءا لوسيلة ينتهى بها حق الحكر ، وهو حق غير مرغوب فى بقائه .

فإذا كانت أرضا محكرة وتفرقت ملكيتها إلى ملكية رقبة للحكر وحق حكر للمستحكر فإذا باع أحدهما حقه ، كان للأخر أن يأخذه بالشفعة لتجتمع عناصر الملكية بين يديه ويصير مالكا للعقار ملكية تامة .

إلا أن هذا أمر نادر ، لأن حق الحكر لا يجوز ترتيبه منذ العمل ، بالتقنين الجديد إلا على أرض موقوفة (مادة 1012 مدنى) .

حيث كان حق الحكر يعطى المستحكر استعمال واستغلال الشيء المستحكر ثم ضاق نطاق وجوده بعد إلغاء الوقف على الخيرات بقانون رقم 180 لسنة 1952 ،

---

(1) يراجع : الملكية والحقوق العينية د / محمد كامل مرسى 4/ 67، الوسيط د / السنهورى 9/ 554 ، الموجز فى أحكام القانون المدنى د / حسن كيرة539 ، 542 ، الوجيز فى الحقوق العينية الأصلية . د/ محمود جمال الدين زكى 430 ، 431 ، حق الملكية د / عبد المنعم البدراوى 343 ، شرح أحكام حق الملكية د / عبد الناصر العطار 215 ، 216 ، الشفعة فى ضوء أحدث الآراء والأحكام مصطفى هرجة 46 ، 47 ، حق الملكية د / لاشين الغاياتــى 251 ، 252 .

وترتب على إلغائه انتهاء حق الحكر ، وصدر قانون 149 لسنة 1953 يجيز لوزير الأوقاف بعد موافقة المجلس الأعلى للأوقاف إنهاء الأحكار المترتبة على الأوقاف الخيرية ، فإذا بيعت الرقبة الموقوفة على الخيرات بطريق الاستبدال كان للمستحكر أن يأخذها بالشفعة لتصير له الملكية تامة ، ولكن إذا باع المستحكر حق الحكر لايجوز للوقف الذى له الرقبة أن يأخذ بالشفعة إذ لا شفعة للوقف (مادة 939 مدنى) وتجوز الشفعة فيما بقى من أحكار قديمة على الأعيان غير الموقوفة[1].

خامسا : الجار المالك :

من الأشخاص الذين يثبت لهم صفة الشفيع ويستحقون الأخذ بالشفعة الجار فى حالات محدودة نص عليها القانون المدنى فى الفقرة الخامسة من المادة 936 .

فالشفعة تقوم على أساس التلاصق فى الجوار ، بحيث يكون العقار المشفوع به ملاصقا للعقار المبيع – المشفوع فيه .

فقال بعض فقهاء القانون : يجب أن يكون التلاصق بين الأرضين على امتداد يكفى لتبرير الشفعة كنصف الحد أو ثلثة ويكون ذلك متروكا لسلطة القاضى التقديرية ، وهذا رأى مرجوح.

والراجح : أنه يكفى التلاصق ولو بشبر واحد ، وهذا ما استقر عليه قضاء محكمة النقض[2].

فلذلك يشترط لتحقق التلاصق عدم وجود انفصال تام بين العقارين يحول دون تحقق التلاصق ، ولو كان هناك فاصل طريق أو ترعة للشفيع وملك فى أيهما ، أو للبائع ، أو لهما فإن التلاصق فى الجوار يتحقق ويمكن الأخذ بالشفعة .

---

(1) يراجع : الوسيط د / السنهورى 9 / 558 ، مجموعة الأعمال التحضيرية 6/ 357 ، 358 ، 403 ، الوجيز فى الحقوق العينية الأصلية د / محمود جمال الدين زكى 431 ، 432 ، القانون المدنى .

د/ عبد المنعم البدراوى 434 ، الموجز فى أحكام القانون المدنى د / حسين كيرة 542 – 544 ، الشفعة فى ضوء أحدث الآراء والأحكام مصطفى هرجة 51 ، حق الملكية د / لاشين الغاياتى 252 .

(2) يراجع : مجموعة أحكام النقض س 5 رقم 11 ص 743 ، (نقض 1/4/ 1954) حق الملكية . د / لاشين الغاياتى هامش 1 ص 254.

ولو فصل بينهما قطعة أرض، أو ترعة، أو طريق مملوك للغير، أو مصرف عام، فلا شفعة ، وكذا لو فصل بين العقارين ملك للبائع لم يشمله البيع إلا إذا قصد ترك جزء صغير من الأرض فى ملك البائع إعاقة للأخذ بالشفعة فيرد على البائع قصده فى التحايل على أحكام الشفعة وتثبت للجار ، كما قضت بذلك محكمة النقض [1] .

فيكفى التلاصق فى الجوار للأخذ بالشفعة سواء كان أفقيا وهذا هو الغالب ، أو رأسيا كما فى المبانى ، فتثبت الشفعة لمالك الشفعة أو الطبقة فى ملك السقف أو الطبقات عند بيع الشقة المتلاصقة أفقيا ، أو الطبقة والشقة الملاصقة علواً أو سفلا سواء كان للجار ملكية مفرزة أو شائعة أو ملكية رقبة [2] .

ولا تثبت الشفعة للجار الملاصق إلا إذا توافرت إحدى هذه الحالات الثلاث الآتية:

الحالة الأولى : العقارات من المبانى أو الأراضى المعدة للبناء .

يثبت الحق فى الشفعة للجار إذا كان العقار المبيع وعقار الشفيع الجار من المبانى[3] أو من الأراضى المعدة للبناء [4].

أما الأراضى التى خارج حدود المدينة أو القرية فلا تعتبر أرض بناء إلا إذا كانت معدة بالفعل للبناء عليها قبل البيع ، كما لو كانت مقسمة إلى قطع وشوارع ،

---

(1) يراجع : مجموعة أحكام النقض س 4 ص 678 (نقض 26/3/ 1953) (نقض 11/6/ 1987) طعن 1445 س 54 ق.

(2) يراجع : الوسيط د / السنهورى 561/9 ، الموجز فى أحكام القانون المدنى د / حسن كيرة 552 – 554 ، الملكية والحقوق العينية د / محمد كامل مرسى 4 / 69 ، الوجيز فى الحقوق العينية الأصلية د / محمود زكى 432 – 436 حق الملكية د / لاشين الغاياتى 253 ، 254 ، الشفعة فى ضوء أحدث الآراء والأحكام مصطفى هرجة 53.

(3) المبانى : جمع مبنى والمبنى : كل شيء متماسك من صنع الإنسان واتصل بالأرض اتصال قرار يراجع : شرح أحكام حق الملكية د / عبد الناصر العطار 220 .

(4) الأراضى المعدة للبناء : هى كل أرض تقع داخل حدود المدينة أو القرية ولو كانت تزرع أو غير جاهزة للبناء ، يراجع : الموجز شرح أحكام حق الملكية د / عبد الناصر العطار 220 ، الموجز فى أحكام القانون المدنى د / حسن كيرة 556.

وتقدير ذلك يرجع إلى قاضى الموضوع ، ويمكن معرفة دخول الأرض فى نطاق المدينة أو القرية بالرجوع إلى خرائط الحدود وموقع الأرض من الكتلة السكنية .

وتثبت الشفعة بمجرد التلاصق بين العقارين من جهة واحدة فى أى موضع ، ولأية مسافة مهما صغرت ، فإذا كانت الأرض المبيعة ملاصقة للأرض المشفوع بها ، فلا حاجة إلى التلاصق بين الآبنية القائمة على كل منهما .

فإذا كان الجار يشفع ببناء يملكه على أرض لا يملكها ، أو يشفع بأرض يملكها فى بناء بيع وحده دون الأرض التى يقوم عليها ، فيجب أن يكون البناء ملاصقا للأرض .

فإذا كان الجار الشفيع يشفع ببناء وحده كما إذا كان له حق انتفاع أو حق حكر ، فإنه يشفع بملكيته للبناء لا بحقه فى الانتفاع أو الحكر ، فإذا بيع البناء الذى يجاوره وحده دون الأرض التى أقيم عليها فيجب التلاصق بين البنائين ذاتهما بقيام حائط فاصل بينهما ، أو يكون جدار كل منهما ملاصقا لجدار الأخر ، ولا يكفى ملاصقة الأرض للأخرى ، لأن الشفعة تثبت بالبناء وفى البناء وحده دون الأرض التى أقيم عليها هذا البناء أو ذاك .

أما ملكية الشقق التى تتضمن شيوعا إجباريا للملاك فى الأجزاء المشتركة .

فيرى بعض فقهاء القانون الوضعى : " ثبوت الحق فى الشفعة لمالك كل شقة إذا بيعت إحدى الشقق الأخرى ولو لم تكن ملاصقة لا على أساس الجوار بل باعتباره شريكا فى الشيوع فى الأجزاء المشتركة " [1] .

ويرى آخرون وهو أولى بالاتباع أنه لا تجوز الشفعة بسبب مجرد الاشتراك فى ملكية الأجزاء المشتركة من الدار إذا بيعت إحدى طبقاتها أو شققها ، لأن القول بالشفعة يؤدى إلى التوسع فى تفسير الشفعة ، ويؤدى إلى مخاطر كثيرة لا تخفى بفتح الشفعة عند بيع كل طبقة أو شقة لكل ملاك الطبقات أو الشقق من الدار ، وقد

---

(1) يراجع : الوسيط د / السنهورى 9 / 565 ، الوجيز فى الحقوق العينية د / محمود زكى 438 – 439 . الموجز فى أحكام القانون المدني د / حسن كيرة 549 هامش 1 ، 558.

يزيد عددهم على المئات ، وهذا أمر ملموس ومشاهد فى العمارات السكنية الضخمة ، ومما يؤدى أيضا إلى منع بيع الشقق لمن ليس له شقة فى العمارة ، لأنه يستطيع أى مالك لأى شقة فى العمارة أن يستعمل حقه فى الشفعة ، ومن ثم قد لا يجد الإنسان مكانا يأويه هو وأسرته .

فيجب الاقتصار على ثبوت الشفعة لمالك الشقة أو الطبقة إذا توافرت شروط الجوار التى يتطلبها المشرع الوضعى [1] .

الحالة الثانية : الأراضى غير المبنية وغير المعدة للبناء :

يثبت الحق فى الشفعة للجار إذا كان عقاره والعقار المبيع أو أحدهما من الأراضى غير المبنية ، أو غير المعدة للبناء ، وفى الغالب أن تكون أراضى زراعية بتوافر شرطين :

الشرط الأول : أن يكون هناك تلاصق بين الأرض المشفوع فيها والأرض المشفوع بها ولو من جهة واحدة مهما يكن قدر هذا التلاصق .

الشرط الثانى : أن يكون للأرض المبيعة ارتفاق على أرض الجار ، أو لأرض الجار " الشفيع " ارتفاق على الأرض المبيعة ، بحيث يترتب على الأخذ بالشفعة زوال حق الارتفاق باجتماع العقارين فى يد مالك واحد ، وأن يكون للشفيع مصلحة فى زوال هذا الحق الذى يثقل أرضه ويثقل الأرض المشفوع فيها وتزول أسباب النزاع التى تتولد عادة من وجود حق ارتفاق لأرض على أخرى ، سواء كان هذا الحق حق شرب، أو مرور، أو غيرهما ، تقرر بإرادة شخص أو بنص قانونى ،

---

(1) يراجع : شرح أحكام حق الملكية د / عبد الناصر العطار 220 – 221 ، الوجيز فى الحقوق العينية د / محمود زكى 437 – 439 ، الوسيط د / السنهورى 9 / 564 وما بعدها ، الملكية والحقوق العينية د / محمد كامل مرسى 4 / 71 ، الشفعة فى ضوء أحدث الآراء والأحكام مصطفى هرجة 57 ، حق الملكية د / عبد المنعم البدراوى 352 ، مجموعة أحكام محكمة النقض (نقض 1986 /5/6) طعن 1247 س 52 ق.

لمصلحة الأرضين فقط أو ينتفع به أخرون ، وأن يظل هذا الحق قائما وقت بيع العقار المشفوع فيه ويبقى إلى تمام الأخذ بالشفعة .

فإذا نزل المشترى عن الارتفاق بعد البيع وسجل هذا النزول قبل إعلان رغبة الشفيع فى الأخذ بالشفعة فينتفى الارتفاق ولا تثبت الشفعة .

وإذا أعلن الشفيع رغبته قبل تسجيل نزول المشترى عن الارتفاق المقرر للعقار المبيع فالراجح عند القانونيين : جواز الشفعة حتى لا يفوت المشترى بهذا المتنازل على الشفيع أخذه بالشفعة [1].

الحالة الثالثة : الأراضى غير المعدة للبناء والتلاصق من جهتين مع قيمة مناسبة للأرض المشفوع بها :

من الحالات التى يثبت فيها الشفعة للجار أن تكون أرضه ملاصقة للأرض المبيعة من جهتين وأن تساوى من القيمة نصف ثمن الأرض المبيعة على الأقل إذا لم يكن عقاره والعقار المبيع من المبانى ، أو الأراضى المعدة للبناء ، ولم يكن بينهما ارتفاق ، بأن كانت إحداهما أو كلاهما من الأراضى الزراعية غير المعدة للبناء ولا يربطهما ارتفاق .

فلذلك لا تثبت الشفعة للجار فى هذه الحالة إلا بتوافر شرطين :

إحداهما : أن يكون التلاصق من جهتين على الأقل من الجهات الأربع ، ويكفى التلاصق بأى امتداد وإن صغر (قل) .

الثانى : أن تساوى أرض الشفيع الجار – نصف ثمن الأرض المبيعة على الأقل لمنع صغار الملاك المجاورين من طلب الشفعة ليتخذوا ذلك وسيلة للحصول على

---

(1) يراجع : الوسيط د / السنهورى 9 / 570 ، الموجز فى أحكام القانون المدنى د / حسن كيرة 559 ، 561 ، شرح أحكام حق الملكية د / عبد الناصر العطار 221 ، 222 ، الملكية والحقوق العينية د/ محمد كامل مرسى 4 / 90 ، الوجيز فى الحقوق العينية الأصلية د / محمود زكى 439 – 442 ، حق الملكية د / لاشين الغاياتى 256 ، 257 ، 258 ، مجموعة أحكام محكمة النقض طعن 428 لسنة 55 ق نقض مدنى جلسة 29/5/ 1991م.

مقابل لنزولهم عنها والعبرة بقيمة أرض الشفيع وقت البيع ، ولو كانت أرضا مملوكة على الشيوع فالعبرة بقيمة حصة الشريك طالب الشفعة لا بقيمة الأرض كلها ، والعبرة فى الأرض المبيعة بثمنها الحقيقى الذى قبله المشترى ، لأنه الثمن الذى يلزم الشفيع دفعه [1] .

وبهذا أصبح الجوار فى جميع حالاته الثلاث المذكورة سببا من أسباب الأخذ بالشفعة فى التقنين المدنى الجديد ، وليس لغير الشفعاء المذكورين فى القانون على سبيل الحصر حق الأخذ بالشفعة ، لأن الغرض الذى قصده المشرع الوضعى من الشفعة هو حصرها فيمن يحتمل أن يلحقهم ضرر من انتقال العين المشفوعة ، وقد بينهم القانون بمراتبهم ، فأباح لهم دفعا لهذا الضرر المحتمل أن يأخذوا الصفقة لأنفسهم ويحلوا محل المشترى رغما عنه وعن البائع .

ويكون لهؤلاء حق التملك الجبرى بمقتضى نص القانون فى ذلك [2] .

فإذا ما توافر فى شخص صفة الشفيع وتوافرت شروط الأخذ بالشفعة كان لهذا الشفيع حق تملك العقار المبيع جبرا عن مشتريه وعن بائعه ، فله أن يأخذ المبيع كله أو يتركه كله ولكن لو تعدد الشفعاء وطلب أحدهم الشفعة وامتنع الأخر سواء كانوا من طبقة واحدة أو من طبقات مختلفة ، أو تعدد الشفعاء وطلبوا الشفعة جميعا أو كان المشترى هو أحد الشفعاء ، فقد أوضحت المادة 937 من القانون المدنى أحكام تزاحم الشفعاء فنصت على :

1- إذا تزاحم الشفعاء يكون استعمال حق الشفعة على حسب الترتيب المنصوص عليه فى المادة السابقة (936) .

---

(1) يراجع : الموجز فى أحكام القانون المدنى د / حسن كيرة 562 – 564 ، الوسيط د / السنهورى 9 / 575 وما بعدها ، شرح أحكام حق الملكية د / عبد الناصر العطار 222 ، 223 ، حق الملكية د / لاشين الغاياتى 258 ، 259

(2) يراجع : الملكية والحقوق العينية د /محمد كامل مرسى 4 / 105 .

2- إذا تزاحم الشفعاء من طبقة واحدة فاستحقاق كل منهم للشفعة يكون على قدر نصيبه.

3- إذا كان المشترى قد توافرت فيه الشروط التى تجعله شفيعا بمقتضى نص المادة السابقة (936) فإنه يفضل على الشفعاء الذين هم من طبقته أو من طبقة أدنى ولكن يتقدمه الذين هم من طبقة أعلى .

من خلال هذا النص يتضح أنه إذا تعدد الشفعاء وطلبوا الشفعة جميعا أو طلبها بعضهم ، كما لو باع شريك فى ملكية الرقبة حصته الشائعة ، وطلب أخذها بقية الشركاء فى الشيوع ، وصاحب حق انتفاع ، وجار له ، فيجب التمييز بين حالات ثلاث :

الأولى : تزاحم الشفعاء من طبقات مختلفة :

إذا تزاحم الشفعاء من طبقات مختلفة وجب التفضيل بينهم بحسب ترتيبهم كما ورد فى نص المادة 936 من القانون المدنى فيقدم من هو فى مرتبة أعلى ويستأثر بالشفعة دون من هو فى مرتبة أدنى منه . فيتقدم مالك الرقبة على الشريك فى الشيوع ، ثم صاحب حق الانتفاع ثم صاحب الحكر أو المستحكر ، ثم الجار .

فلو باع صاحب حق انتفاع حصته فلمالك الرقبة التقدم على الشريك فى حق الانتفاع وعلى من بعده ، ولو باع الشريك فى الرقبة حصته ، فيقدم الشريك له على صاحب حق الانتفاع والجار وهكذا [1].

الثانية : تزاحم الشفعاء من طبقة واحدة :

إذا تزاحم الشفعاء وكانوا من طبقة واحدة كأن يوجد للرقبة عدة ملاك، ففى حالة بيع حق الانتفاع يشتركون فى أخذ العقار المشفوع فيه كل بقدر نصيبه ، أو يتعدد

---

(1) يراجع : الوسيط د / السنهورى 9 / 595 وما بعدها ، حق الملكية د / عبد المنعم البدراوى 371 ، الوجيز فى الحقوق العينية الأصلية د / محمود زكى 455 ، 456 ، شرح أحكام حق الملكية د / عبد الناصر العطار 226 ، 227 ، الموجز فى أحكام القانون المدنى د / حسن كيرة 565 – 567 ، الملكية والحقوق العينية د / محمد كامل مرسى 4 / 132 ، حق الملكية د / لاشين الغاياتى 260 / 261 .

الشركاء على الشيوع فى حالة بيع حصة شائعة فيشترك أهل هذه الطبقة فى العقار المبيع كل على قدر نصيبه ، وهكذا الحكم على الطبقات الأربع ، فيقسم العقار المشفوع فيه بين أهل الطبقة إذا طلبوا الشفعة جميعا كل بقدر حصته ، وإذا طلب الشفعة البعض دون البعض قسم العقار المبيع على من طلب على قدر الأنصبة ، ولو انفرد أحدهم أخذ العقار المبيع كله حتى لا تتجزأ الصفقة على المشترى فيضار بذلك .

أما إذا كان الشفعاء عدة جيران فيصعب تطبيق ذلك ، لأنهم يختلفون عن غيرهم من الشفعاء فى أنهم لا يشتركون جميعا فى عقار مشفوع به واحد ، بل لكل جار عقاره الذى يشفع بـــه .

فقد اختلف فقهاء القانون فى ذلك : فذهب بعضهم إلى أنه يوزع العقار المبيع بينهم بحسب نصيب كل منهم ، وهذا يصعب تطبيقه ، لأن لكل جار عقار مستقل .

وذهب آخرون إلى أنه يفضل الجار الذى تعود الشفعة على ملكه المشفوع به بمنفعة أكثر من غيره استنادا إلى العرف أو العدالة أو هما معا وهذا ما أخذت به محكمة النقض فى بعض أحكامها ، وهذا منتقد أيضا ، لأنه يقضي بتفضيل جار على جار وهم جميعا فى مرتبة واحدة.

وذهب رأى ثالث : إلى تقسيم المبيع على الشفعاء الجيران بالتساوى فإذا تعذر التقسيم لصغر العقار المشفوع فيه فيكون العقار لهم جميعا شائعا بينهم لكل حصة تساوى حصة الآخـــر [1] .

---

(1) يراجع : الموجز فى أحكام القانون المدنى د / حسن كيرة 567 – 571 ، الوجيز فى الحقوق العينية د / محمود زكى 456 ، 459 ، حق الملكية د / لاشين الغاياتى 262 ، 263 ، شرح أحكام حق الملكية د / عبد الناصر العطار 227 / 228 ، مجموعة أحكام النقض طعن 3160 لسنة 58 ق نقض مدنى جلسة 28/5/ 1991 .

الثالثة : تزاحم الشفعاء مع المشترى :

إذا كان المشترى هو أحد الشفعاء الذين توافرت فيهم صفة الشفيع ، فإذا زاحمه شفعاء فى طبقته أو فى طبقة أدنى منه فإنه يفضل عليهم ويستأثر بالعقار المبيع دونهم ولا يسمح لغيره من الشفعاء من مرتبته بمزاحمته .

وأرى أن هذا أمرا مخالفا لما يجب أن يكون بالنسبة لمن هم فى طبقته ، حيث قد يستأثر أحد الشركاء ويعلم بالبيع ويخفى ذلك عن الشركاء حتى تتم الصفقة له وحده، فيجب أن يرد عليه قصده ، وذلك بمشاركة من هم فى طبقته فيما استحقه بالشفعة .

أما إذا كان يزاحمه من هم فى طبقة أعلى منه فإنهم يتقدمون عليه ويأخذون العقار منه بالشفعة جبرا عنه كأن يشترى جار حصة شائعة فى عقار من أحد الشركاء فيقدم باقى الشركاء ويفضلون على المشترى لأنهم أعلى منه [1] .

أما إذا كان المشترى لا تتوافر فيه صفة الشفيع فيجوز للشفيع أو للشفعاء الذين توافرت فيهم صفة الشفيع بعد توافر شروط استحقاق الشفعة أن يأخذوا العقار المبيع من يد المشترى جبرا عنه بما قام عليه من الثمن ما لم يكن المشترى تربطه صلة بالبائع من زواج أو قرابة (مادة 939 مدنى) .

فإذا كان المشترى قريبا أو زوجا للبائع فلا يجوز للشفيع أن يطالب بالشفعة ، فالقانون الوضعى قد فضل المشترى ولو لم تتوافر فيه شروط الشفعة وصفة الشفيع

---

(1) يراجع : الموجز فى أحكام القانون المدنى د / حسن كيرة 567 – 571 ، الوجيز فى الحقوق العينية د / محمود زكى 456 ، 459 ، حق الملكية د / لاشين الغاياتى 262 ، 263 ، شرح أحكام حق الملكية د / عبد الناصر العطار 227 / 228 ، مجموعة أحكام النقض طعن 3160 لسنة 58 ق نقض مدنى جلسة 28/5/ 1991 .

مادام البيع قد تم بين الأصول والفروع أو بين الزوجين ، أو الأقارب حتى الدرجة الرابعة [1] أو بين الأصهار حتى الدرجة الثانية [2] .

أما إذا لم يكن المشترى تربطه صلة بالبائع ، كان للشفيع أخذ المبيع جبرا عن المشترى وعن البائع بما قام على المشترى من ثمن [3] .

ويشترط فيه أن يكون أهلا للتصرف ، لأن الشفيع يحل محل المشترى بمقتضى الشفعة فى البيع الذى أبرمه فيشترط فيه أهلية التصرف [4] .

والولى والوصى والقيم يقوم مقام القاصر والمحجور عليه فى الأخذ بالشفعة بعد استئذان المحكمة فى ذلك فى غير حالة ثبوت الولاية للأب ، والوكالة لابد وأن تكون خاصة لا عامة ، فلا يشترط فى الشفيع الذكورة ، والبلوغ ، والعقل ، لأنها حق مبنى على الملك ، ولهم الشفعة ويحل محلهم فى طلبها من يقوم مقامهم ، فتثبت للصغير، والأنثى , والمجنون ، وكذلك ليس الإسلام بشرط فتثبت للذمى على المسلم كما تثبت للمسلم على المسلم وللمسلم على الذمى [5].

---

(1) الدرجة الرابعة من الأقارب كابن العم وابن الخال ، والدرجة الثالثة كالعم والخال وابن الأخ وابن الأخت ، والدرجة الثانية كالأخ والأخت ، والدرجة الأولى كالأب والابن . يراجع: حق الملكية د / لاشين الغاياتى 279 .

(2) والدرجة الثانية من الأصهار كأخ الزوجة وزوجة الأخ وجد الزوجة ، والدرجة الأولى كأب الزوجة وبنت الزوجة ، وزوجة الابن. يراجع : حق الملكية د / لاشين الغاياتى 279.

(3) يراجع : مجموعة الأعمال التحضيرية 6/ 403 ، شرح أحكام حق الملكية د / عبد الناصر العطار 229 ، الموجز فى أحكام القانون المدنى د ، حسن كيرة 605 .

(4) أهلية التصرف هى : أهلية الأداء وهى : صلاحية الشخص لمباشرة الأعمال بنفسه أو تصرفات القانونية وأهلية الوجوب هى صلاحية الشخص لأن تثبت له حقوق وتجب عليه واجبات وتثبت له منذ ولادته أما أهلية التصرف فلا تثبت له إلا بعد البلوغ . يراجع : نظرية الحق د / لاشين الغاياتى 79 – 83 . المدخل لدراسة العلوم القانونية د / إسماعيل شاهين 162 .

(5) يراجع : شرح أحكام حق الملكية د / عبد الناصر العطار 224 . الوسيط د / السنهورى 9 / 589 حق الملكية د / عبد المنعم البدراوى 359 . الملكية والحقوق العينية د / محمد كامل مرسى 4 / 126 . الوجيز فى الحقوق العينية د / محمود زكى 446 . الشفعة في ضوء أحدث الآراء والأحكام مصطفى هرجة 75 ، حق الملكية د / لاشين الغاياتى 268 .

المطلب الثانى

الموازنة بين موقف الفقه الإسلامى والقانون الوضعى فيمن تثبت له الشفعة

بعد بيان موقف الفقه الإسلامى والقانون الوضعى فى هذه المسألة يتضح ما يأتى:

1- لقد أثبت القانون الوضعى الشفعة للشريك الذى يملك حصة شائعة فى ذات المبيع وهو بذلك يتفق مع فقهاء الشريعة الإسلامية ، وعند تعدد الشفعاء تكون الشفعة بينهم على قدر الأنصبة كما ذهب إلى ذلك الجمهور من الفقهاء المسلمين (المالكية والشافعية والحنابلة) .

2- لقد أثبت القانون الوضعى الشفعة للجار الملاصق وهو بذلك يتفق مع الحنفية ومن وافقهم من حيث المبدأ ولكنه خالفهم فى بعض الأمور المقيدة ، والتى لم يقل بها أحد من فقهاء الحنفية وغيرهم ، كاشتراط التلاصق من جهتين ، أو كون ثمن أرض الجار مساويا نصف ثمن الأرض المبيعة إذا كان العقار المبيع أرض صالحة للزراعة ، ولقد نظر القانون الوضعى إلى التضييق من الشفعة ولكنه أغفل ما شرعت الشفعة من أجله وهو دفع الضرر الحاصل بالجوار سواء وجدت هذه الأمور أم لا ؟

3- وكذلك اتفق القانون مع فقهاء الحنفية فى تقدم الشريك على الجار وعند التزاحم للشفعاء إن كانوا جيرانا تقسم بينهم على رؤوسهم أى بالتساوي وفقا للرأى الراجح قانونا أيضاً .

فمن الخير أن اتفق القانون الوضعى مع ما ذهب إليه فقهاء الحنفية ومن وافقهم فى منح الجار هذا الحق إذ لم يوجد شريك فى المبيع يطلب الشفعة حيث هذا يمنع كثيرا من الشر وبخاصة فى الريف إذ يحرص كل جار من المزارعين على توسيع رقعة ما يملك ويرى فى شراء أجنبى من الأرض ما كان يستطيع شراؤه عدوانا عليه يقابله بعدوان أخر أشد منه .

4 – لقد أثبت القانون الشفعة لمالك الرقبة إذا بيع حق الانتفاع المقرر على ملكه ولصاحب حق الانتفاع إذا بيع العقار المقرر عليه هذا الحق ، مع أن الشريعة لم تثبت حق الشفعة لهما لأن الشفعة تثبت فى العقار ، والشريعة لا تنظر إلى الانتفاع على أنه عقار ولأنه حق مؤقت غير مؤبد وغير مستقر ، فالضرر زائل أو قليل ، والشفعة شرعت لرفع الضرر الكثير الدائم المستمر ، ووقوع مثل ذلك نادر والشريعة لم توضع للنادر وإنما توضع للكثير الغالب [1] .

5 – لقد وافق القانون ما ذهب إليه جمهور الفقه الإسلامى من اشتراط الأهلية وأن الصغير والمجنون يقوم وليه أو وصيه مقامه فى طلب الشفعة وكذا تثبت الشفعة للذمى على المسلم كما ذهب إلى ذلك الجمهور من الفقهاء المسلمين ، وانفرد القانون مخالفا جمهور الفقه الإسلامى بعدم ثبوت الشفعة إذا كان المشترى أحد أقارب البائع.

وبعد هذا يتضح أن الحق ما ذهب إليه جمهور الفقه الإسلامى من عدم ثبوت الشفعة للمالك الرقبة ولا لصاحب حق الانتفاع ولا للمشترى وثبوتها للجار دون شرط التلاصق أو تحديد ثمن ، وثبوتها للشفيع ولو كان المشترى قريبا ، لأن الشفعة شرعت لرفع القدر ولا فرق بين القريب وغيره فى رخصة الشفعة فلا محل لتفضيل المشترى.

" هذا والله أعلم "

---

(1) يراجع : الأموال ونظرية العقد د / محمد يوسف موسى 198 ، الشفعة بين الشريعة والقانون د / حسن عجوة 58 ، 59.

المبحث الرابع
كيفية التملك الجبرى بالشفعة

وفيه ثلاثة مطالب :

المطلب الأول : كيفية التملك الجبرى بالشفعة فى الفقه الإسلامى .

المطلب الثانى : كيفية التملك الجبرى بالشفعة فى القانون الوضعى .

المطلب الثالث : الموازنة بين موقف الفقه الإسلامى والقانون الوضعى من كيفية التملك الجبرى بالشفعة .

المطلب الأول
كيفية التملك الجبرى بالشفعة فى الفقه الإسلامى

تقديم :

لكى يتم للشفيع ما يريده من التملك الجبرى للمشفوع فيه عليه أن يقوم بإجراءات خاصة تبدأ من وقت علمه بالبيع حتى يتم له الحكم بها ، فلا يتملك الشفيع المشفوع فيه إلا إذا طلب أخذه ، لأن الشفعة حق ضعيف كما يقول الفقهاء فلا تكون سبيلا للتمليك بها إلا باتخاذ إجراءات خاصة من الشفيع بمجرد العلم بالبيع حتى يحكم له بها .

فإذا علم الشفيع بالبيع وبالمشترى وبالثمن ثبت له حق الأخذ بالشفعة ، فإن رضى بذلك فلا شفعة له ، لأنها شرعت لرفع الضرر والرضا يكون بالقول أو بالفعل كسكوته عن طلبها مدة طويلة من غير عذر ، ما لم يكن هناك تدليس أو غش وخديعة للشفيع من المشترى أو من الثمن أو قدر المبيع ، كما لو أخبر أن المشترى فلان [1] أو الثمن كذا أو المبيع كذا فتنازل وبان غير ذلك ، فيبقى حقه فى طلب الشفعة لأنه تركها لغرض فبان خلافه .

---

(1) المشترى فلان : أى الذى يخشى الله وتطيب جيرته فيرضى بجواره ، ثم بان أنه فلان الذى لا يؤمن شره وبوائقه فلا يسقط حقه فى الشفعة ولو كان قد تنازل عنها .

أما إذا لم يرض بالبيع وبالمشترى وبالثمن بعد علمه ، فقد أعطى له الشرع الإسلامى الحق فى طلبها ، ووضع الفقهاء المسلمون إجراءات يجب عليه أن يقوم بها حتى يستطيع أن يتملك المشفوع فيه جبرا عن المشترى وعن البائع [1].

وتتمثل هذه الإجراءات فى طلب المواثبة : وهو مبادرة الشفيع بطلب الشفعة فور علمه، وطلب الإشهاد والتقرير : وهو أن يشهد على طلبه خشية إنكار المشترى وجحوده ، وطلب الخصومة والتملك عند رفض المشترى تسليم المشفوع فيه وما يترتب على ذلك من آثار.

وأتناول بشيء شيء من التفصيل هذه الإجراءات التى يجب على الشفيع اتباعها فيما يلى :

إجراءات طلب الشفعة :

أولا : طلب المواثبة [2]:

المواثبة : المبادرة بمجرد العلم ، وهو أن يبادر الشفيع ويسارع بطلب الشفعة إذا علم بالبيع من المشترى أو وكيله بالسماع بنفسه أو بإخبار غيره ، أو بأى طريق يغلب به على ظنه صدق الخبر ، فإذا علم بطريق لا يفيد ذلك عادة فلم يصدق ولم يطلب لم يسقط حقه ، وأن يعلم بالثمن والبيع والمشترى ، فإذا لم يعلم بأيهم فله حق الطلب عند علمه به ، وإن أخر الطلب بعد علمه بطلت الشفعة ولو كان جاهلا ثبوت الطلب له لا يعد عذرا .

لأن طريق التملك بالشفعة حق ضعيف فيجب تقويته بالطلب بقدر الوسع حسب المعتاد لقولــه " صلى الله عليه وسلم " فى الحديث الذى رواه عبد الله بن عمر

---

(1) يراجع : الأموال ونظرية العقد د/ محمد يوسف موسى 208 ، 209 ، مجلة البحوث الفقهية المعاصرة العدد 44 ص 85 السنة 11 (حق التملك د / حسين سمرة) .

(2) المواثبة : مأخوذة من وثب وثبا ، ووثوبا ، طفر وقفر / وواثبته : ساورته وغلبته من الوثوب وهو المبادرة والمسارعة . يراجع : المصباح المنير 384 ، 385 ، المعجم الوسيط 1053 .

(لا شفعة لغائب ولا لصغير والشفعة كحل العقال) وفى رواية : الشفعة لمن واثبها[1] .

ولهذا يسمى هذا الطلب بطلب المواثبة – أى طلبها على وجه السرعة .

ويكون الطلب بكل لفظ يفهم منه طلب الشفعة فى الحال ، كقوله أطلب الشفعة ، ولا يجب عليه أن يشهد على هذا الطلب ولكن يستحب ويفضل الإشهاد على ذلك خوف إنكار الخصم متى وصل الأمر إلى القضاء [2] .

وقت طلب المواثبة :

لقد اختلف الفقهاء فى وقت طلب المواثبة ومقدار المدة التى يكون فيها للشفيع الحق فى المطالبة بالشفعة بعد علمه فإذا مضت دون طلب سقط حقه فيها ، وذلك على قولين :

القول الأول : ذهب إليه " أبو حنيفة، وأبو يوسف، والشافعية فى وجه، والحنابلة فى قول، والزيدية، والإمامية فى قول، والإباضية " .

إلى أن يشترط طلب المواثبة فور العلم بالبيع ما لم يكن هناك عذر للشفيع يمنعه من طلبها وإلا سقط حقه ، حتى لو علم بالبيع بكتاب والخبز فى أوله لا ينتظر حتى يتم قراءة الكتاب ، ويشهد فى مجلسه ذلك على المطالبة وينهض منه ويشهد على

---

(1) الحديث أخرجه البيهقى فى سننه 6 / 108 ، وقال عنه أنه ليس بثابت ، وابن ماجة فى كتاب الشفعة 2 / 835 ح : 2500 وقال إسناده ضعيف ، والشوكانى فى نيل الأوطار 5 / 402 ، تعليقا وقال فى إسناده محمد بن عبد الرحمن البيلمانى وله مناكير كثيرة ، وقال ابن حبان لا أصل له ، والصنعانى فى سبل السلام 3 / 158 ، ح / 850 .

(2) يراجع : بدائع الصنائع 5 / 24 ، 25 ، الفتاوى الهندية 5 / 172 ، الهداية وتكملة شرح فتح القدير وشرح العناية 9 / 382 ، تبيين الحقائق 5 / 242 ، المعونة 2 / 232 ، الحاوى 9 / 19 ، أسنى المطالب 2 / 377 ن شرح المنهج وحاشية الجمل 3 / 511 ، مغنى المحتاج 2 / 414 ، المغنى 7 / 165 ، الإنصاف 6 / 260 وما بعدها ، كشاف القناع 4 / 140 وما بعدها ، شرائع الإسلام 3 / 259 ، الأموال ونظرية العقد فى الفقه الإسلامى د / محمد يوسف موسى 209 .

البائع إن كان المبيع فى يده ، أو على المشترى ، أو عند العقار ، لأن الحق متعلق به .

فإذا فعل ذلك استقرت شفعته ولم تسقط ما أمكن الطلب ولو خاصم المشترى بعد أيام أو شهور لأن الإشهاد دليل على الرغبة ، فإذا أعلم وأمكن الطلب ولم يطلب بطلت شفعته ولقد قال الرسول – صلى الله عليه وسلم – إنما الشفعة كحل العقال ، أى إن قيدت ثبتت وإن تركت فاللوم على من تركها ، أى أن الشفعة تفوت تبرك المبادرة كما يفوت البعير الشرود عند حل العقال إذا لم يبادر إليه .

والقول بثبوتها على التراخي ربما يضر بالمشترى ، لأنه يؤدى إلى عدم استقرار ملكه وكذلك أيضا الشفعة حق ضعيف لثبوتها على خلاف القواعد الفقهية فلا تستقر إلا بالطلب ويذهب به أقل تردد .

والشفعة خيار لرفع الضرر عن المال فكان على الفور كالرد بالعيب [1].

القول الثانى : ذهب إليه محمد بن الحسن ، والمالكية ، والشافعية فى وجه ، والحنابلة فى قول ، والظاهرية ، والإمامية فى قول ، ومن التابعين الثورى وابن أبى ليلى "، إلى أن الشفعة تثبت على التراخى ، ولا تسقط ما لم يوجد ما يدل على الرضا من عفو أو مطالبة بقسمه ، ولا يشترط طلب المواثبة فور علم الشفيع بالبيع.

(1) يراجع : المبسوط للسرخسى 14/ 116، 117 ، بدائع الصنائع 5 / 24 ، 25 ، تبيين الحقائق 5 / 242 ، 243 ، روضة الطالبين 5 / 107 ، أسنى المطالب 2 / 377 . شرح المنهج وحاشية الجمل 3 / 511 ، حاشية عميرة 3 / 50 ، البيان 7 / 132 . المغنى 7 / 165 ، الروض المربع 368 . شرح الزركشى على مختصر الخرقى 4 / 193 ، 194 ، السيل الجرار 3 / 174 ، البحر الزخار 5 / 12 ، فقه الإمام جعفر 4 / 135 ، 136 ، شرح كتاب النيل 11 / 430 ، الأموال ونظرية العقد د/ محمد يوسف موسى 209.

إلا أنهم اختلفوا فى مقدار المدة :

1- فذهب قوم إلى أن طلب المواثبة يستمر طيلة مجلس علمه ولا ينتهي إلا أخر المجلس مادام لم يصدر عنه ما يدل عن الإعراض فلا يجب أن يكون فور العلم .

لأن صاحب حق الشفعة قد يحتاج إلى التروى فى الأمر فيجب أن يمكن من ذلك بجعل الخيار له طول مجلس علمه بالبيع ، ولا يبطل إلا إذا قام أو تشاغل عن الطلب بأمر أخر ، لأن الحق يثبت لمصلحة الشفيع لدفع الضرر عنه لاحتمال أزى المشترى الجديد وهو ضرر خفى يحتاج إلى نظر وتأمل ليوازن بين ضرر الدخيل وغنم الشراء، وهذا التأمل يحتاج إلى وقت ، فكان من المعقول أن يمتد إلى أخر المجلس ، والتمديد بثلاثة أيام تحكم بلا دليل فيقدر بالمجلس وهذا قول: محمد بن الحسن، وقول عند الحنابلة،وقول عند الإباضية [1] .

2- وذهب قوم إلى أن طلب المواثبة مدته تقدر بيوم ، فإذا مضى بعد العلم بالبيع بلا طلب سقط حقه، فهى على التراخى، ولا يشترط الطلب فور العلم ، وهذا قول الثورى [1] .

3 - وذهب أخرون إلى أن مدة طلب المواثبة تقدر بثلاثة أيام ، لأن التأبيد يضر بالمشترى والمبادرة تضر بالشفيع لعدم تمكنه من النظر فى الأحظ ، وقدر ذلك الانتظار بثلاثة أيام . وهذا وجه للشافعية ، وابن أبى ليلى [2].

4 - وذهب أخرون إلى أن طلب المواثبة ليس على الفور بل هو على التراخى ووقتها متسع واختلف فيه فقيل : تقدر مدته بشهر إذا كان الشفيع حاضرا عند العقد ، وبسنة إذا كان غير حاضر للعقد وعلم ، فيثبت له حق طلب الشفعة إذا

---

(1) يراجع : المبسوط للسرخسى 14/ 117 ، بدائع الصنائع 5/ 25 ، الهداية وتكملة شرح فتح القدير 9/ 382 ، تبيين الحقائق 5 / 242 ، 243 ، المعونة 2 / 232 ، الحاوى 9 / 19 ، الإنصاف 6 / 260 المغنى 7/ 165 ، 166 العدة 278 ، المحلى 8 / 14 وما بعدها ، شرائع الإسلام 3 / 259 .

(2) يراجع : المغنى 7 / 165 .

كان حاضرا بالبلد ، وإذا كان غائبا عن البلد وعلم فله أن يوكل غيره ، وإذا لم يعلم فلا يسقط حقه وإن طالت غيبته لقوله – صلى الله عليه وسلم – (.......... ينتظر بها وإن كان غائبا) لأنه معذور بتركه المطالبة لغيبته وهذا قول المالكية [1] .

5 – وذهب قوم إلى أن طلب المواثبة للشفيع يثبت له ولا يسقط بتركه مهما امتد الزمن ولو ثمانين سنة ولا يسقط إلا بإسقاطه بنفسه ، والقول بأن في التراخي إضرار بالمشترى لأن ملكه معلقا ، قول مردود ، لأن ملكه مستقر يتصرف فيه كيف يشاء ، إلا أن للشفيع حقا متى طلبه وجب ، وليس من التعليق في شيء ، والضرر الذى شرعت من أجله الشفعة لا يختص بوقت دون وقت ، وهذا قول الظاهرية ، والشافعية في وجه ، والإمامية في قول [2].

ولقد اتفق جمهور الفقهاء على أنه لو أخر الشفيع الطلب لعذر لا تبطل شفعته ، كما لو علم ليلا فأخر للصبح ، أو للصلاة ، أو للجماعة ، أو لشدة جوع ، أو عطش حتى يأكل أو يشرب ، أو لطهارة ، لأن العادة تقديم هذه الحوائج على غيرها ، والمرجع في ذلك العادة فمتى لم يفصل بين العلم والطلب ما يعد في العادة والعرف إعراضا بقي على شفعته [3] .

ثانيا : طلب التقرير والإشهاد :

لقد ذهب جمهور الفقهاء إلى أنه بعد طلب المواثبة الذى يتقدم به الشفيع ليقوى به حق الشفعة الضعيف بطبيعته يجب عليه أن يتقدم بطلب آخر يؤكد له هذا الطلب الأول في رغبة في الأخذ بالشفعة ، ويعرف هذا الطلب بطلب التقرير والإشهاد عند الفقهاء .

---

(1) يراجع : البيان العمرانى 7/ 132 ، الوجيز للغزالى 179 ، الجلال المحلى وحاشية عميرة 3/ 50 روضة الطالبين 5 / 107 .

(2) يراجع : بداية المجتهد 2/ 404 ، مسالك الدلالة 261 ، المعونة 2 / 233 .

(3) يراجع : الوجيز للغزالى 179 ، البيان العمرانى 7/ 131 ، 132 ، المحلى 8 / 14– 18 مسألة 1597 ، الروضة الندية 2 / 129 .

لأن طلب المواثبة قد يكون تعبيرا عن رغبة عارضة من الشفيع ثم يتبين له بعد ذلك أنه ليس من صالحه المضي فى الأخذ بالشفعة ، أو أنه ليس فى مقدوره ذلك ، فلذا كان لابد عن تأكيد هذا الطلب وتقريره [1].

فيلزم الشفيع للمطالبة بالأخذ بالشفعة المحافظة على حقه بعودة المطالبة بها مرة أخرى عند العقار ، أو عند المشترى ، أو عند البائع إذا كان العقار لا يزال فى يده، وبهذا الطلب يتقرر حقه فى الشفعة ويقوى ، وسبب تسميته بطلب التقرير أو الإشهاد : أن بعض الفقهاء يشترط الإشهاد عليه عند حصوله .

والكثير من الفقهاء لا يشترط ذلك ولكن يستحسنه [2] حتى يكون للشفيع بينه عند إنكاره ، فقد قال الظاهرية : للشفيع الشفعة أشهد على الطلب أو لم يشهد [3].

---

(1) يراجع : الفتاوى الهندية 5 / 173 ، الجلال المحلى3/ 50 ، أسنى المطالب 2 / 377 ، مغنى المحتاج 2 / 415 ، حاشية البجيرمى 3/ 553 ، 554 ، كشاف القناع 4 / 141 ، الإنصاف 6 / 261 ، 262 ، المغنى 7 / 166 ، 167 ، السيل الجرار 3 / 174 ، شرح كتاب النيل 11/ 430 ، الملكية فى الشريعة الإسلامية للشيخ على الخفيف 288 وما بعدها

(2) الاستحسان لغة مأخوذ من حسن حسنا : جمل وأحسن : فعل ما هو حسن ، واستحسنه : عده حسنا ، والحسن : الجمال : وكل منهج مرغوب فيه جمع محاسن ، واصطلاحا: دليل ينقدح فى نفس المجتهد ، ويعسر عليه التعبير عنه ، أو هو العدول عن قياس إلى قياس أقوى منه ، أو هو العدول عن حكم الدليل إلى العادة لمصلحة الناس . يراجع : المصباح المنير 85 ، المعجم الوسيط 195 الإحكام للآمدى 3 / 200 ، 201 ، إرشاد الفحول للشوكانى 2 / 688 .

(3) يراجع : المبسوط للسرخسى 14/ 118 ، بدائع الصنائع 5 / 26 ، الفتاوى الهندية 5 / 172 مجمع الأنهر 2 / 474 ، تبيين الحقائق 5 / 243 ، 244 ، الشرح الكبير وحاشية الدسوقى 3 / 488 ، بلغة السالك 2 / 216 ، الجلال المحلى 3 / 50 ، حاشية البجيرمى 3 / 553 ، شرح المنهج وحاشية الجمل 3 / 511 ، المغنى 7 / 176 ، كشاف القناع 4 / 141 ، المحلى 8 / 14، الملكية ونظرية العقد للإمام محمد أبو زهرة 167 .

وقت طلب التقرير والإشهار ومدته :

لقد اشترط الفقهاء أن يكون طلب التقرير على فور طلب المواثبة متى قدر على ذلك ولا يتجاوز الشفيع مدة تمكنه منه ، فإذا تمكن منه ولم يطلب سقط حقه ، ولا يجوز له طلبها بعد ذلك ، وهذا الطلب ليس بشرط صحة بل هو لتوثيق طلب المواثبة عند إنكار الخصم .

فالمدة مقدرة بالتمكن من الإشهاد عند أحد هؤلاء الثلاثة ، العقار ، أو البائع ، أو المشترى، وإن قصد الأبعد وترك الأقرب لم تبطل شفعته إن كانوا فى بلد واحد ، وإن كان بعضهم خارج البلد وقصده وترك الأقرب تبطل شفعته ، وإذا تم الإشهاد فى طلب المواثبة عند البائع أو المشترى أو عند العقار فيغنى عن طلب التقرير ولاحاجة إليه .

ويكون الإشهاد برجلين أو برجل وامرأتين على رغبة الشفيع بالشفعة (1).

كيفية طلب التقرير :

طلب التقرير يصح بأى لفظ يدل عليه كأن يقول الشفيع علمت أن فلانا باع كذا لفلان ولى حق الشفعة فيه وقد طلبت أخذه عند العلم وأطلبه الآن .

فإن كان المبيع فى يد البائع : فالشفيع بالخيار بين طلبه من البائع أو من المشترى، أو عند المبيع ، لأن كلا منهما خصم له ، فالبائع لا يزال واضع يده على المبيع ، والمشترى قد صار مالكا له وإن لم يتسلمه ، والمبيع الحق متعلق به فى الواقع مادام هو موضوع النزاع ولو تم تعاقد البائع والمشترى فى غير موضع المبيع : فليس للشفيع أن يذهب إليهما ولكن يطلب عند المبيع .

---

(1) يراجع : بدائع الصنائع 5 / 26 / 27 ، الهداية وتكملة شرح فتح القدير 9 / 383 ، 384 المبسوط للسرخسى 14/ 118 ، الفتاوى الهندية 5 / 172 ، الشرح الصغير وبلغة السالك 2 / 216 ، حاشية الدسوقى 3 / 488 ، أسنى المطالب 2 / 377 ، مغنى المحتاج 2 / 415 ، الجلال المحلى 3 / 45 ، البيان 7 / 138 ، المغنى 7 / 168 ، كشاف القناع 4 / 141 ، الإنصاف 6 / 264 ، الملكية للشيخ على الخفيف 290 ، 291 .

وإن كان المبيع فى يد المشترى : فالشفيع بالخيار بين الطلب من المشترى أو الطلب عند المبيع ، ولا يطلب من البائع ، لأنه ليس خصما لزوال يده ولا ملك له ، ولو لم يطلب الشفيع من المشترى أو عند المبيع بطلت شفعته .

فإذا تم طلب التقرير عند المشترى ولم يعارض ، أو علم به المشترى ولم يعترض عليه ، أو كان الشفيع عند المشترى فعلم بالبيع وبشرائه فطلب ولم يعارض وسلمه المبيع فقد تملك الشفيع المبيع بذلك ، وإذا عارض المشترى فى طلب الشفيع ، كان سبيل الشفيع إلى تملكه للمبيع الالتجاء إلى القضاء ، وهذا هو الإجراء الثالث من إجراءات التملك بالشفعة [1] .

ثالثا : طلب الخصومة والتملك :

المراد بهذا الطلب المرافعة للقضاء ، لأنه إذا لم تتم المبادلة بين المشترى والشفيع بسبب امتناع المشترى كان لابد من الالتجاء إلى القضاء لثبوت الملك ، لأن ملك الشفيع يتوقف على شروط وأشكال لا يخلو تحققها من نزاع لما يلابسها من خفاء فوجب أن يرجع إلى القضاء حتى لا يكون مثارا للنزاع .

فبعد طلب المواثبة والتقرير ومعارضة المشترى فى طلب الشفيع كان طريق الشفيع للتملك والالتجاء إلى القضاء بطلبه أمام القاضى ضد المشترى وضد البائع إذا كان المبيع لا يزال فى يده بالقضاء له بتسليم المبيع المشفوع فيه [2] .

---

(1) يراجع : بدائع الصنائع 5 / 26 ، 27 ، مجمع الأنهر 2 / 474 ، الاختيار 2 / 66 ، الهداية وتكملة شرح فتح القدير 9 / 384 ، الشرح الكبير وحاشية الدسوقى 3 / 488 ، بلغة السالك 2 / 216 ، روضة الطالبين 5 / 83 ، البيان 7 / 138 ، المغنى 7 / 163 ، الفروع 4 / 538 كشاف القناع 4 / 142 الملكية للشيخ على الخفيف 290 ، 291 .

(2) يراجع : المبسوط للسرخسى 14/ 118 ، الفتاوى الهندية 5 / 173 ، المعونة 2 / 235 ، مسالك الدلالة 261 ، المحلى 8 / 18 ، الأموال ونظرية العقد د / محمد يوسف موسى 211 .

ميعاد طلب الخصومة :

ذهب "أبو حنيفة، وأبو يوسف" في قول إلى أن: الشفعة تستقر بطلب المواثبة،وطلب التقرير، وليس لطلب الخصومة مدة معينة ، لأن التأخير لا يضر بعد تقرير الحق ويبقى حقه حتى يسقطه بنفسه ، لأن الحق متى ثبت لإنسان لا يبطل إلا بإبطال شرعي ، ولم يوجد ، لأن تأخير المطالبة لا يكون إبطالا كتأخير استيفاء الديون لا يعد إبراءا [1].

وذهب " محمد بن الحسن وزفر وأبو يوسف في قول" إلى أن : حق الشفيع يسقط إذا أخر رفع الأمر إلى القضاء شهرا بغير عذر بعد طلب التقرير لكونه في بلد آخر، وروى عن أبي يوسف أنه يسقط حقه إذا أخر ذلك عن أول مجلس للقضاء أو ذمنا يستطيع المخاصمة فيه لأن المشتري يتضرر بالتأخير ولا يصح أن يدفع الضرر المحتمل للشفيع بهذا الضرر الذي يقع بالمشتري من التأخير [2].

وذهب المالكية : إلى أن للمشتري أن يوقف الشفيع أمام القاضي ليأخذ الشفعة أو يتركها لتيمكن من التصرف ، وإذا رفع الأمر للقضاء وطلب الشفيع مهلة فلا يمهل بل يستعجل بالأخذ حالا أو الإسقاط حالا وإلا حكم القاضي بإسقاطها ، وإذا لم يستعجل عند القاضي ولم يسقط حقه فيبقى على شفعته مدة سنة [3] .

وذهب الظاهرية إلى أن الشفيع لا يسقط طلبه من الشفعة ولو سكت عمره كله ، ما لم يوقفه المشتري عند الحاكم ليجبره على أحد أمرين إما أن يأخذ أو يترك [4] .

وأرى أن أرجح ما قيل في ذلك : أن مدة طلب الخصومة وتقريرها الذي تسقط بعده الشفعة إذا تركها بعد التقرير يترك للقاضي للفصل فيه وذلك حسب الظروف

---

(1) يراجع : الفتاوى الهندية 5 / 173 ، الاختيار 2 / 67 .

(2) يراجع : المبسوط للسرخسي 14/ 118 ، الفتاوى الهندية 5/ 173 ، الاختيار 2/ 67 ، الهداية وشرح العناية بهامش تكملة شرح فتح القدير 9 / 385 .

(3) يراجع : الشرح الكبير وحاشية الدسوقي 3 / 488 ، المعونة 2 / 235 ، مسالك الدلالة 261 الشرح الصغير وبلغة السالك 2 / 216 .

(4) يراجع : المحلى 8 / 18 .

والملابسات لكل دعوى بعينها ، لأن الشفعة شرعت لرفع الضرر عن الشفيع صاحب الحق الضعيف ، فلا يصح شرعا ومنطقا أن تكون سلاحا يضار به المشترى بلاحق ، وخاصة وأمر الخصومة بيد الشفيع، فله أن يتقدم بها فى موعد مناسب إذا كان جادا فى طلبها ، لأن فى إبقائها دون إسقاط ضرر بالمشترى حيث يبقى ملكه معلقا غير مستقر ولا يستطيع التصرف فيه كما يريد ما لم يمكن دفع هذا الضرر بالمرافعة للقضاء ليجبره على الأخذ أو الترك [1] .

كيفية طلب الخصومة :

الخصم فى طلب الشفعة : المشترى إذا كان المبيع فى يده أو فى يد البائع ، والبائع إذا كان المبيع لا يزال فى يده ، ولكن لا تسمع الدعوى ولا يقضى بالشفعة إلا فى حضرة المشترى ، لأنه هو الخصم الأصلى إذ هو الذى سينزع منه الملك جبرا عنه .

وأخذ المبيع من يد البائع يوجب عدم إمكان تسليم المبيع قبل القبض وذلك يوجب فسخ البيع بالنسبة للمشترى ، ولا يجوز الفسخ إلا فى حضوره .

وبعد رفع الدعوى وتقدم الشفيع بطلبه للقاضى : يسأل القاضى الشفيع عن موضع الدار المبيعة وحدودها وهكذا ، وهل قبض المشترى المبيع أم لا ؟ فإذا لم يقبض ، فلا تصح الدعوى حتى يحضر البائع ، ويسأل القاضى الشفيع عن سبب الشفعة ، وحدود ما يشفع به ومتى علم ، وكيف صنع ، ويسأله عن طلب التقرير ، فإذا تحقق القاضى من كل ذلك صحت الدعوى وأقبل على الخصم ، فيسأل المشترى عن ملكية الشفيع لما يشفع به ، فإن أقر وإلا أقام الشفيع البينة فإن لم يستطع استحلف المشترى بعدم علمه ، فإن نكل عن اليمين ثبت الحق فى الشفعة للشفيع وسأله أيضا عن شراء المشفوع فيه ، فإن عجز الشفيع عن إقامة البينة استحلف

---

(1) يراجع : الملكية فى الشريعة الإسلامية للشيخ على الخفيف 291 ، الملكية ونظرية العقد للإمام محمد أبو زهرة 167 ، 168، الأموال ونظرية العقد د / محمد يوسف موسى 211 .

القاضى المشترى على عدم الشراء ، فإن نكل ، قضى بالشفعة للشفيع ، فإذا ترك الشفيع هذه الإجراءات أو أحدها سقط حقه فى طلب الشفعة عند جمهور الفقهاء[1].

وقت تملك الشفيع للمبيع المشفوع فيه :

لقد اختلف الفقهاء فى وقت تملك الشفيع للمبيع المشفوع فيه وذلك على قولين :

القول الأول : ذهب إليه " الحنفية ، والحنابلة فى قول " إلى أن الشفيع يتملك المبيع المشفوع فيه من وقت رضاء المشترى أو من وقت قضاء القاضى ، لأن حق الشفعة استقر بطلب المواثبة والتقرير ، فإن امتنع المشترى عن التسليم فينزع من يده جبرا إن كان قد تسلم المبيع ويعتبر شراء جديد للشفيع من المشترى ، لأن امتناعه فى هذه الحالة ظلم ، وقد نصب القاضى لرفع الظلم فيقوم القاضى مقامة دفعا لظلمه ، ويملكه الشفيع بما قام على المشترى من ثمن ويدخل الثمن فى ملكه جبرا عنه وكأنه رضى بذلك لقيام القاضى مقامه ، ويتملك الشفيع "المشفوع فيه" عن طريق شرائه من القاضى نيابة عن المشترى .

أما إذا حكم القاضى بالمشفوع فيه للشفيع ولم يكن قد تسلمه المشترى ولم يزل فى يد البائع، فالقضاء على البائع بتسليم المشفوع فيه إلى الشفيع يجعله عاجزا عن تسليمه إلى المشترى فيفسد البيع الصادر إلى المشترى ويزول ملكه ، فالقضاء للشفيع ينقض عقد المشترى ويعتبر الشفيع مشتريا من البائع ويكون الإيجاب الصادر منه كأنه وجه إلى الشفيع وكأن الشفيع قد قبله .

فهذا الشفيع يملك البيع المشفوع فيه من وقت الحكم والقضاء له بالشفعة ولا ملك له قبل ذلك[2].

---

(1) يراجع : الفتاوى الهندية 5 / 173 ، بدائع الصنائع 5 / 34 ، 35 ، الاختيار 2 / 67 ، 68 الهداية وتكملة شرح فتح القدير وشرح العناية 9 / 385 ، 386 ، تبيين الحقائق 5 / 244 . بلغة السالك 2 / 216 ، حاشية الجمل 3 / 503 ، المغنى 7 / 161 ، البحر الزخار 5/ 12 ، مجلة البحوث الفقهية المعاصرة العدد 44/ 89 ، 90 السنة 11 (حق التملك د / حسين سمرة).

(2) يراجع : الفتاوى الهندية 5 / 181 ، بدائع الصنائع 5 / 31 ، 32 ، كشاف القناع 4 / 152 المغنى 7 / 179 ، الملكية ونظرية العقد فى الشريعة الإسلامية للإمام محمد أبو زهرة 169 – 171 .

القول الثانى : ذهب إليه " جمهور الفقهاء " إلى أن تملك الشفيع للمبيع المشفوع فيه لا يتوقف على رضا المشترى أو على قضاء القاضى .

فقد ذهب المالكية إلى أن الشفيع يتملك المشفوع فيه بقوله أى بالطلب بشرط أن يكون عالما بالثمن [1].

وذهب " الشافعية ، والحنابلة فى قول ، والظاهرية ، والزيدية ، والإمامية " إلى أن: الشفيع يملك المشفوع فيه بالطلب بشرط دفع الثمن إلى المشترى أو يرض المشترى بثبوته دينا فى ذمة الشفيع ، لأنه حق ثبت ولا يحتاج إلى حكم كالرد بالعيب ، لأنه مال يتملكه قهرا فملكه بالأخذ كالغنائم [2] والمباحات ، وباللفظ الدال عليه .

وعند النزاع يملكه بالقضاء ولا يسلمه المشترى إلا بعد دفع الثمن ، وله أن يمهله ثلاثة أيام، فإن مضت المدة ولم يدفع ، فسخ القاضى الملك .

وقال الحنابلة : يفسخ المشترى دون حاجة إلى قضاء القاضى [3] .

وورد قول عند الحنابلة : أن الشفيع يتملك المشفوع فيه بالطلب ولو لم يعلم بالثمن لأن الشارع جعل الشفيع أحق بالمبيع من المشترى رضى أم أبى ، ولا يتوقف تملك الشفيع للمبيع على رضاه ، ولم يرد أن اشترط الشارع الحكيم لتملكه قضاء القضاء [4] .

---

(1) يراجع : حاشية الدوسقى والشرح الكبير 3/ 488 ، الشرح الصغير وبلغة السالك 2 / 216 .

(2) الغنائم : جمع غنيمة ، والغنيمة لغة ، مأخوذة من غنم الشيء غنما ، فاز به ، والمقاتل فى الحرب ظفر بمال عدوه .... واصطلاحا : مال حصل من كفار بقتال وإيجاف بخيل وركاب . وما يؤخذ فى الحرب قهرا . يراجع : القاموس المحيط 4 / 159 ، باب الميم وفصل الغين ، المصباح المنير 270 ، مغنى المحتاج 3 / 126 ، التعريفات للجرجانى 209 .

(3) يراجع : الجلال المحلى وحاشيتى قليوبى وعميرة 3 / 45 ، شرح المنهج وحاشية الجمل 3 / 503 مغنى المحتاج 2 / 405 ، 406 ، البيان 7 / 153 ، الوجيز للغزالى 176 ، الإنصاف 6 / 298 299 ، المغنى 7 / 161 ، 162 ، المحلى 8 / 18 / 19 ، البحر الزخار 5 / 12 ، السيل الجرار 3 / 174 ، فقه الإمام جعفر 4 / 127 ، الملكية للشيخ على الخفيف 304 ما بعدها.

(4) يراجع: المغنى 7 / 161 ، 162 ، الإنصاف 6 / 298 ، 299 ، كشاف القناع 4 / 159.

تصرفات المشترى فى المبيع المشفوع فيه :

إذا كان الشفيع لا يتملك المبيع " المشفوع فيه " إلا من وقت حكم القاضى ، فالملك للمشترى ثابت على المبيع المشفوع فيه قبل الحكم بالشفعة وله التصرف فيه كل التصرفات الشرعية ، ولكن هذه التصرفات عرضة للنقض إذ حكم للشفيع بالملك بمقتضى الشفعة .

ولقد اتفق جمهور الفقهاء على نقض التصرف إن كان بيعا ، ويخير الشفيع بين الثمن الذى تم به الشراء أولا ، أو الثمن الذى تم به الشراء الثانى ، لأن كل واحد من العقدين سبب تام لثبوت حق الأخذ بالشفعة ، وحق الشفيع سابق على هذا التصرف فلا يبطل به .

وإن كان غير ناقل للملكية بعوض كالهبة والوصية مما لا شفعة فيه ، فذهب الجمهور إلى أنه يجوز نقض ذلك والأخذ بالشفعة وفى رواية عند الحنابلة : إن كان التصرف قبل الطلب : بطلت الشفعة ، وإن كان التصرف بعد الطلب حرم ذلك ولا يصح تصرفه ويثبت له الشفعة [1] .

زيادة المشفوع فيه :

إنَّ ملك المشترى ثابت على المشفوع فيه قبل الحكم بالشفعة ، وقد تحدث زيادة فى المشفوع فيه نتيجة استغلال واستعمال المشترى للمشفوع فيه ، وهذه الزيادة قد تكون بفعل المشترى أو زيادة طبيعية ، وأبين فيما يلى حكم هذه الزيادة إن امتلك الشفيع العقار المبيع بالشفعة .

---

(1) يراجع : بدائع الصنائع 5 / 31 ، 32 ، الفتاوى الهندية 5 / 181 ، حاشية الدسوقى والشرح الكبير 3 / 488 ، مغنى المحتاج 2 / 210 ، الجلال المحلى 3 / 47 ، 48 ، المغنى 7 / 179 ، العدة 278 ، المحلى 8 / 18 ، 19 .

الزيادة فى المشفوع فيه بفعل المشترى :

إن أحدث المشترى زيادة فى المبيع المشفوع فيه – وتملك الشفيع المبيع بالشفعة، فإن كانت هذه الزيادة لا تقبل الإنفصال كطلاء العقار ، فقد اتفق جمهور الفقهاء على أن الشفيع يأخذ المبيع بالثمن وقيمة الزيادة ، لأنها زادت قيمة العين [1].

وإن كانت الزيادة تقبل الإنفصال عن العين من غير ضرر وكان لهذه الزيادة وقت معلوم كالزرع : فلقد اتفق الفقهاء أيضا على أن الزرع يبقى فى الأرض بأجر المثل حتى الحصاد ، لأنه لا ضرر على المشترى إذ لا يتلف زرعه ، ولا ضرر على الشفيع إذ سيأخذ الأجرة ، إلا أن الشافعية والحنابلة قالوا : يبقى الزرع فى الأرض ولا أجرة على المشترى لأنه زرعه فى ملكه [2] .

وإن لم يكن لهذه الزيادة وقت معلوم كما فى البناء والغراس :

فاختلف الفقهاء فى ذلك على قولين :

القول الأول : ذهب إليه " أبو حنيفة ، ومحمد ، وزفر، وجه عند الشافعية " : أن الشفيع مخير بين أمرين : إما ترك الشفعة ، وإما أخذ المبيع بثمنه والبناء والغراس بالقيمة مستحقين القلع والهدم برضى المشترى وإلا كلف المشترى بالقلع والهدم وتسليم العين ما لم يضر بالأرض ، وإلا أخذ الشفيع بالقيمة مستحقين القلع ، لأن المشترى بنى وغرس فى عقار تعلق به حق مؤكد لغيره يجعله أولى منه ، ولم يكن بناؤه بإذن منه ، فمن حقه أخذ العين خالية من الزيادة فله أن يكلفه القلع ما لم يضر بالأرض ، وإلا أخذ بالقيمة مستحقين للقلع ، وما حصل من ضرر للمشترى فهو

---

(1) يراجع : المراجع السابقة بهامش (2) .

(2) يراجع : بدائع الصنائع 5 / 31 ، حاشية الدسوقي 3 / 488 ، مغني المحتاج 2/ 410 ، المغني 7 / 179 ، المحلى 18/8 .

السبب فيه ، لأنه كان يجب أن يحتاط لنفسه فلا يحدث زيادة فى عين كان يتوقع أن تنزع منه جبرا عنه [1] .

القول الثانى : ذهب إليه " جمهور الفقهاء : أبو يوسف ، ومالك ، والشافعية فى وجه والحنابلة ، والظاهرية " أنه للمشترى أن يقلع ويهدم باختياره ولا يجبر عليه، فله القلع والهدم ولو كان يضر،لأنه بنى فى ملكه ويملك إزالته،وإن لم يختار القلع فالشفيع بالخيار بين أمرين :

إما ترك الشفعة ، وإما أن يأخذ العقار بثمنه ويدفع قيمة البناء والغراس مستحقين للبقاء ، أو يضمن ما نقص بالقلع لو أجبره على ذلك ، وهذا أقوى الآراء لأنه ليس فيه ضرر على أحدهما .

والتكليف بالهدم أو القلع والأخذ بالقيمة مستحقين القلع إنما يكون ذلك إذا كان فعل المشترى عدوان ، مع أنه ليس فى فعله عدوان ، لأنه يبنى ويغرس فى خالص ملكه ، لأنه بالشراء صار مالكا فلا تصح معاملته معاملة الغاصب بتكليفه القلع أو الهدم ، وتكليف الشفيع بأخذ البناء والغراس بالقيمة مستحقين الإبقاء ، لأنه زاد فى قيمة العقار وهذا هو العدل لأنه لا يتضرر واحد منهما [2].

---

(1) يراجع : الفتاوى الهندية 5 / 179 ، 180 ، الاختيار 2 / 73 ، بدائع الصنائع 5 / 42 ، 43 الهداية بهامش تكملة شرح فتح القدير 9 / 398 ، الوجيز للغزالى 178 ، مغنى المحتاج 2 / 410 ، حاشية قليوبى 3 / 47 ، 48 ، الملكية ونظرية العقد للإمام محمد أبو زهرة 171 .

(2) يراجع : الفتاوى الهندية 5/ 180 ، بدائع الصنائع 5 / 43 ، الهداية وشرح العناية بهامش تكملة شرح فتح القدير 9 / 398 ، الاختيار 2 / 73 ، المعونة 2 / 235 ، بداية المجتهد 2 / 406 ، حاشية الدسوقى والشرح الكبير 3 / 494 ، الشرح الصغير 2 / 218 ، البيان 7/ 156 ، 157 ، مغنى المحتاج 2 / 410 ، الوجيز للغزالى 178 ، المغنى 7/ 193 ، 194 ، كشاف القناع 4 / 156 ، 157 ، الانصاف 6 / 292 ، 293 ، العدة 279 ، المحلى 8 / 18 ، 19 ، مسألة 1598 الملكية ونظرية العقد للإمام محمد أبو زهرة 172 .

أما الزيادة الطبيعة فى المشفوع فيه :

فإذا زاد المشفوع فيه زيادة طبيعية لا بفعل المشترى كما إذا أثمر النخل والشجر فاختلف الفقهاء فيمن تكون له هذه الزيادة :

فقال الحنفية : هذه الزيادة للمشترى لأنها نمت على ملكه ويعلمه ولا تتبع المبيع قياسا واستحسانا أن الزيادة الحادثة من ثمر بعد البيع فالشفيع يستحقها ،لأن الثمر متصل خلقه بالشجر فكان تبعا له ويأخذه مع الأرض بالثمن الأول [1] .

وقال المالكية : الزيادة الحاصلة للمبيع قبل الشفعة تكون للمشترى ، لأن الضمان عليه والغلة بالضمان والزيادة بعد الشفعة للشفيع [2] .

وقال الشافعية ، والحنابلة : إن كانت الزيادة لا تتميز كالثمرة غير الظاهرة ، فالشفيع يستحقها ويأخذ المبيع مع زيادته .

وإن كان الثمرة ظاهرة تتميز فهى للمشترى لاحق للشفيع فيها ، لأنها حدثت على ملك المشترى فلا تتبع المبيع [3] .

وعند الظاهرية : الغلة للمشترى ، وإن استحق الشفيع المبيع بالشفعة رد هذه الزيادة المشترى إلى الشفيع [4] .

نقص المشفوع فيه :

فإذا كان ملك المشترى ثابتا على المشفوع فيه قبل الحكم بالشفعة ، وحدث نقص فى المشفوع فيه وهو فى يد المشترى ثم استحق الشفيع المبيع المشفوع فيه .

---

(1) يراجع : الفتاوى الهندية 5 / 180 ، الاختيار 2 / 74 ، بدائع الصنائع 5 / 42 ، الهداية بهامش تكملة شرح فتح القدير 9 / 402 .

(2) يراجع : حاشية الدسوقى والشرح الكبير 3/ 493 ، الشرح الصغير وبلغة السالك 2 / 218 الذخيرة 7 / 367 ، المعونة 2 / 236 .

(3) يراجع : البيان 7 / 158 ، أسنى المطالب 2 / 364 ، الإنصاف 6 / 292 ، المغنى 7 / 196 كشاف القناع 4 / 156 .

(4) يراجع : المحلى 8 / 18 مسألة رقم 1598 .

تحرير محل النزاع :

لقد اتفق الفقهاء على أنه إذا كان النقص فى نفس العقار كما إذا تلفت بعض الأرض المبيعة " المشفوعة فيها " بغرق أو نحوه : فالشفيع بالخيار بين ترك الشفعة أو أن يأخذ الباقى بحصته من الثمن ، لأن حقه ثابت فى الكل وتمكن من أخذ البعض فيأخذه بقسطه من الثمن لهلاك بعض الأصل [1].

وإن كان النقص فى شيء تابع للمبيع " المشفوع فيه " .

فقد اختلف الفقهاء فى ذلك على قولين :

القول الأول : ذهب إليه " الحنفية ، والمالكية " إلى أنه إذا كان النقص فى تابع للمشفوع فيه كما إذا انهدمت الدار، أو احترق البناء، أو غرقت الأشجار أو جفت، وكان ذلك بغير فعل المشترى، أو غيره ، كآفة سماوية ، فالشفيع بالخيار بين أخذ المبيع بالثمن كاملا ، أو الترك للشفعة لأنه لا غريم له .

وإن كان هذا النقص بفعل المشترى أو غيره ، فالشفيع بالخيار بين ترك الشفعة أو يأخذ العقار بحصته من الثمن وينقص من الثمن قيمة ما أزال المشترى فتقوم الأرض بدون شجر أو بناء ، وتقوم بهما ، ومقدار التفاوت يسقط عن الشفيع لوجود التعدى فيقابله شيء من الثمن، والأنقاض للمشترى ، إلا أن المالكية قالوا : إن كان فى الهدم مصلحة للبناء كتوسعة فلا يضمن [2] المشترى ما نقص [3].

---

(1) يراجع : المبسوط للسرخسى 4 / 111 ، الفتاوى الهندية 5 / 180 ، الشرح الصغير بهامش بلغة السالك 2 / 218 ، الذخيرة 7 / 357 ، مغنى المحتاج 2 / 410 ، الوجيز للغزالى 177 ، المغنى 7 / 197 ، العدة شرح العمدة 279 .

(2) الضمان : لغة الكفالة والإلتزام . واصطلاحا : التزام ما فى ذمة الغير من المال، وضمان المبيع : ما يكون مضمونا بالثمن قل أو كثر ، وهو عبارة عن غرامة التالف . يراجع : لسان العرب 4 / 2610 ، باب النون فصل الضاد ، الجلال المحلى بهامش حاشية قليوبى 2 / 323 ، التعريفات للجرجانى 181 ، نيل الأوطار للشوكانى 5 / 299 .

(3) يراجع : المبسوط للسرخسى 14 / 111- 115 ، الفتاوى الهندية 5/ 180 - 182 ، بدائع الصنائع 5 / 40 . 41 . الهداية وتكملة شرح فتح القدير 9/ 402 ، الاختيار 2/ 74 ، الذخيرة 7/ 357 ، 358=

القول الثانى : ذهب إليه " الشافعية ، والحنابلة " إلى أنه : إذا كان النقص فى شيء تابع للمبيع " المشفوع فيه " كانهدام الدار أو احتراق البناء أو غرق الأشجار، فالمشترى ضامن سواء كان ذلك بفعله أو غيره ، أو بآفة سماوية ، فإذا تلف فى يد المشترى فهو من ضمانه ، وإن أراد الشفيع أن يأخذ المبيع بعد النقص، أخذ الموجود بحصته من الثمن ، لأنه تعذر أخذ الجميع وقدر على أخذ البعض فكان له بالحصة من الثمن [1].

ما يلزم الشفيع دفعه :

لقد اتفق الفقهاء على أن الشفيع إذا استحق أخذ المبيع المشفوع فيه بالشفعة فإنه يملكه بمثل ما تملك به المشترى ، فيدفع الثمن أو العوض الذى ملك به المشترى أو بمثل الثمن الذى تملك به ، لأن الشرع أثبت للشفيع ولاية التملك على المشترى بمثل ما ملك به قدراً وجنساً .

فإن كان مثليا وجب مثله ، وإن كان قيميا وجب قيمته ، وتحسب القيمة يوم البيع لأنه وقت إثبات العوض واستحقاق الشفعة لا يوم الأخذ بالشفعة ، ويلتزم الشفيع بدفع ما أنفقه المشترى كأجرة دلال ، أو كاتب ، أو رسوم [2].

-حاشية الدسوقى والشرح الكبير 3 / 494 ، الشرح الصغير بهامش بلغة السالك 2 / 218 ، الملكية ونظرية العقد للإمام محمد أبو زهرة 173.

(1) يراجع : مغنى المحتاج 2 / 410 ، البيان العمرانى 7 / 121 ، الوجيز للغزالى 177 ، العدة 279 المغنى 7 / 197 ، كشاف القناع 4 / 157 .

(2) يراجع : الهداية وتكملة شرح فتح القدير 9 / 394 ، الاختيار 2/ 68 ، المعونة 2 / 234 ، الشرح الكبير وحاشية الدسوقى 3/ 476 ، الشرح الصغير بهامش بلغة السالك 2 / 212 ، البيان 7 / 126 – 129 ، حاشية البجيرمى 3 / 547 ، الجلال المحلى 3 / 45 ، 46 ، المغنى 7 / 198 – 201 ، الإنصاف 6 / 299 ، الروض المربع 371 ، المحلى 8 / 22 ، مسألة رقم 1600 ، الملكية ونظرية العقد للإمام محمد أبو زهرة 173 .

زيادة الثمن ونقصه وما يلتزم به الشفيع :

لقد ذهب " الحنفية ، والمالكية " إلى أنه : إذا زاد المشترى الثمن للبائع، فلا يلتزم الشفيع بهذه الزيادة لأنها تبرع من المشترى والتبرع لا يلزم الشفيع ، لأنه عساه أن يكون فعل ذلك ضررا بالشفيع فيرد عليه قصده بخلاف الحط فإنه فيه منفعة له ، ولا يلزم الشفيع إلا الثمن الأول ، لأنه بيع تعيّن ، والشفيع يأخذ بما وجب به العقد،والزيادة ما وجبت بالعقد. لانعدامها وقت العقد حقيقة [1].

أما إذا حط البائع عن المشترى الثمن كله أو أكثر الثمن بحيث لا يصلح الباقى من الثمن أن يكون ثمنا للشقص ، فلا يسقط عن الشفيع شيء من هذا الحط ولا توضع عنه سواء كان هذا الحط قبل الأخذ بالشفعة أو بعد طلبها ، لأن حط الكل أو أكثره لا يلحق بأصل العقد ، ولأنه لم يبقى شيء يصلح ثمنا مستقلا فيصبح ذلك هبة ، ويلزم الشفيع أخذ الشقص المبيع بجميع الثمن.

وإذا حط البائع عن المشترى جزءا من الثمن فإن كان مثله مما يحط فى البيوع والباقى يصلح أن يكون ثمنا ، فإن هذا ينقص من الواجب على الشفيع ، لأن الجزء الباقى يكون هو الثمن ويجب حطّه عن الشفيع ويلتزم بما بقى ويأخذ الشقص المبيع به [2] .

وذهب " الشافعية ، والحنابلة ، والظاهرية " إلى أن الشفيع يستحق الشقص المبيع بالثمن الذى استقر عليه العقد ، فإذا تغير هذا الثمن زيادة أو نقصا فى زمن الخيار ثبت ذلك التغيير فى حق الشفيع ، لأن حقه يثبت بعد زوال الخيار والتغيير يلحق العقد .

---

(1) يراجع : المبسوط للسرخسى 14/ 107 ، 108 ، بدائع الصنائع 5/ 39 ، الذخيرة 7 / 351 وما بعدها .

(2) يراجع : الفتاوى الهندية 2 / 182 ، 183 ، بدائع الصنائع 5 / 39 ، الهداية وتكملة فتح القدير 9 / 393 ، 394 ، الاختيار 2 / 96 ، حاشية الدسوقى والشرح الكبير 3 / 495 ، المعونة 2 / 239 ، الذخيرة 7 / 351 ، 354 .

وإن انقضى الخيار لم يلحق العقد ، لأن الزيادة هبة والحط إبراء ، ولا يثبت ذلك فى حق الشفيع ، فإذا أصبح البيع باتا بالنسبة للمشترى وحدث زيادة منه للبائع ، فلا يلتزم بها الشفيع ، وكذلك إذا حط البائع عن المشترى ونقص فى الثمن فلا يحط عن الشفيع شيئا [1] .

التأجيل فى الثمن للمشترى واستفادة الشفيع منه :

لقد اتفق الفقهاء على أن الشفيع يأخذ المشفوع فيه بالثمن إذا كان حالا ، واختلفوا إذا كان البيع إلى أجل فهل يستفيد الشفيع من هذا الأجل أم لا ؟ وذلك على قولين :

القول الأول : ذهب " إليه أبو حنيفة ، ومحمد ، وأبو يوسف ، والشافعية فى وجه، إلى أنه إذا كان الثمن مؤجلا عن المشترى كله أو بعضه لم يثبت للشفيع وليس له الاستفادة من هذا الأجل الممنوح للمشترى .

واستدلوا على ذلك بما يلى :

الأجل لم يثبت وصفا للثمن ولكن ثبت شرطا فى العقد بين البائع والمشترى والشروط التى تكون بين البائع والمشترى لا تثبت فى حق الشفيع ، كخيار الشرط للمشترى لا يثبت فى حق الشفيع، وشرط البراءة من العيب لا يلتزم به الشفيع، فكذلك الأجل بين المشترى والبائع لا يثبت فى حق الشفيع بل هو مخير بين أمرين:

أ – إما تعجيل الثمن حالا قبل نهاية الأجل .

ب – وإما تأجيل الأخذ بالشفعة حتى ينتهى الأجل ، ويأخذ الشفعة بالثمن حالا ، ولكن يلزمه أن يطلب الشفعة فى مواعيدها المقررة الثابتة إذا اختار الانتظار فلا يأخذ المشفوع فيه إلا بعد إنتهاء الأجل وتسليم الثمن [2] .

---

(1) يراجع : البيان 7 / 120 ، حاشية قليوبى 3/ 46 ، كشاف القناع 4 / 160 ، المغنى 7 / 200 المحلى 8 / 22 وما بعدها .

(2) يراجع : الفتاوى الهندية 5 / 176 ، بدائع الصنائع 5 / 39 ، البيان 7 / 123 ، مغنى المحتاج 2 / 407 ، أسنى المطالب 2 / 370 ، حاشية البجيرمى 3 / 548 ، 549 .

والقول الثانى : ذهب إليه " زفر ، والمالكية ، والشافعية فى وجه والحنابلة ، والظاهرية " إلى أنه : إذا كان الثمن مؤجلا ، فيثبت فى حق الشفيع ويستفيد منه ، ولقد اشترط المالكية ، والحنابلة : أن يكون الشفيع موسرا مليا ، فإن لم يكن موسرا: بأن كان معسرا ، أقام كفيلا يضمنه ويكون ثقة موسرا مليا ، وإذا لم يجد الضامن الملئ الثقة ، فلا يستفيد من هذا الأجل ، ويجب عليه دفع الثمن حالا وإلا فلا شفعة له .

واستدلوا على ذلك بما يلى :

أ – الشفيع يملك المشفوع فيه بالثمن الذى ثبت وجوبه على المشترى ، وهذا الثمن الذى ثبت وجوبه على المشترى فى حال التأجيل ثمن موصوف بهذا الوصف فيثبت على الشفيع بوصفه .

ب – الشفيع تابع للمشترى فى قدر الثمن وصفته ، والحلول زيادة على التأجيل فلا يلزم الشفيع كزيادة القدر [1].

وأرى أن ما ذهب إليه أصحاب القول الثانى هو الأول بالإتباع ، لأن الشفيع يحل محل المشترى فيما وجب له وعليه ، ويستفيد من الأجل الممنوح للمشترى حتى تتحقق حكمة مشروعية الشفعة برفع الضرر عن الشفيع ، ولو ألزمناه بالثمن حالا بعد أن كان مؤجلا ما رفعنا عنه الضرر .

وبهذه الإجراءات التى يتبعها الشفيع ويلتزم بها وكيفية تملكه للمبيع من اتباع ما يجب عليه اتباعه من زيادة المشفوع فيه أو نقصه وتأجيل الثمن وحلوله يكون الشفيع قد تملك الشقص المبيع ، جبرا عن المشترى وعن البائع .

---

(1) يراجع : المبسوط للسرخسى 14/ 103 ، الهداية وتكملة شرح فتح القدير 9 / 395 ، الذخيرة 7/ 341 ، بداية المجتهد 2 / 400 ، الشرح الكبير وحاشية الدسوقى 3 / 478 ، البيان 7 / 123 ، الوجيز للغزالى 177 ، مغنى المحتاج 2 / 407 ، كشاف القناع 4 / 160 ، 161 ، المغنى 7 / 201 ، الإنصاف 16/ 30 ، المحلى 8 / 231 ، مسألة 1601 ، الملكية ونظرية العقد للإمام محمد أبو زهرة 174.

المطلب الثانى

كيفية التملك الجبرى بالشفعة فى القانون الوضعى

تقديم :

الشفيع إذا طالب بحقه فى الشفعة وسلم المشترى له المبيع ترتب على الشفعة أثرها بالتراضى فيحل محل المشترى فى البيع الذي أبرمه ويكون له حقوقه وعليه التزاماته ، ولكن الوضع الغالب أن ينازع المشترى فى الشفعة ويحتكم الشفيع إلى القضاء فى هذا النزاع ويرفع دعوى الشفعة . فإذا ما توافرت شروطها واتبعت إجراءاتها ثبت حقه بحكم القضاء .

فلذا كان لابد للمشرع الوضعى وهو يعلم أن الشفعة وضع استثنائى من أن يحوطها بإجراءات محددة ويضع لها مواعيد صارمة وقصيرة لمنع بقاء المشترى مهددا بطلب الشفعة فترات طويلة ، وينبغى للشفيع الالتزام بها وإلا سقط حقه فى الشفعة ، وهذه الإجراءات هى إعلان الرغبة فى الأخذ بالشفعة ، ثم إيداع الثمن خزانة المحكمة ، ثم رفع دعوى الشفعة .

وهذا ما أبنيه فى هذا الطلب وأتبع ذلك ببعض الأحكام المتعلقة بها من تصرف المشترى فى المشفوع فيه قبل الشفعة ، ووقت تملك الشفيع ، وزيادة المشفوع فيه ونقصه فى يد المشترى وما يلتزم الشفيع بدفعه ، وتأجيل الثمن للمشترى واستفادة الشفيع من ذلك .

إجراءات الشفعة :

أولا : إعلان الرغبة فى الشفعة :

المرحلة الأولى من مراحل إجراءات الشفعة والواجب على الشفيع إتباعها حتى يستحق أن يتملك العقار المبيع بالشفعة إعلان رغبته فى الأخذ بالشفعة .

وفى ذلك تقضى المادة 940 من القانون المدنى بأنه : " على من يريد الأخذ بالشفعة أن يعلن رغبته فيها إلى كل من البائع والمشترى خلال خمسة عشر يوما من تاريخ الإنذار الرسمى الذى يوجهه إليه البائع أو المشترى وإلا سقط حقه ،

ويزاد على تلك المدة ميعاد المسافة إذا اقتضى الأمر.

وتنص المادة 941 من القانون المدنى على أن: يشمل الإنذار الرسمى المنصوص عليه فى المادة السابقة على البيانات الآتية وإلا كان باطلا :

أ – بيان العقار الجائز أخذه بالشفعة بيانا كافيا .

ب – بيان الثمن والمصروفات الرسمية وشروط البيع .

ج – اسم كل من البائع والمشترى ولقبه وصناعته وموطنه ".

وتنص المادة 942 / 1 من القانون المدنى على أن : " إعلان الرغبة بالأخذ بالشفعة يجب أن يكون رسميا وإلا كان باطلا ، ولا يكون هذا الإعلان حجة على الغير إلا إذا سجل " .

من خلال استعراض هذه النصوص السابقة يتضح أنه يجب على الشفيع أن يعلن رغبته فى الأخذ بالشفعة إلى كل من البائع والمشترى بعد علمه بالبيع ، ويجوز لكل من البائع والمشترى إبلاغ الشفيع بإنذار رسمى بوقوع البيع ليعلن رغبته إليهما إذا رغبا فى الاطمئنان على موقف الشفيع وأخذه بالشفعة حتى لا يبقى البيع مزعزعا لمدة طويلة وأوجب تسجيل إعلان الرغبة حتى يعلم به الغير [1] وتفصيل ذلك فيما يلى : .

الإنذار الرسمى بحصول البيع وإعلان الشفيع رغبته :

عادة يبدأ إعلان الرغبة فى الشفعة بتوجيه إنذار رسمى بحصول البيع من البائع أو المشترى، ويقصد به إخطار الشفيع بحصول البيع ليتدبر أمره ويعلن رغبته فى الأخذ بالشفعة وإلا سقط حقه .

ولو تعدد الشفعاء سواء كانوا من طبقة واحدة أو من طبقات مختلفة تعين أيضا توجيه الإنذار الرسمى إليهم جميعا .

---

(1) يراجع : مجموعة الأعمال التحضيرية 6 / 410 وما بعدها ، الوسيط د / السنهورى 9 / 621 وما بعدها ، حق الملكية د / عبد المنعم البدراوى 390 وما بعدها .

ويكون الإنذار بإعلان على يد محضر ، ولا يغني أي ورقة أخرى كخطاب مسجل بعلم الوصول ولو كانت ورقة رسمية كصحيفة دعوى ، ويجب أن يشتمل هذا الإنذار على بيان العقار الجائز أخذه بالشفعة بيانا كافيا من حيث موقعه ومساحته وحدوده ، ويترك أمر الكفاية لقاضي الموضوع ، وكذلك يجب أن يشمل هذا الإنذار بيان الثمن والمصروفات الرسمية، وشروط البيع، واسم كل من البائع، والمشترى ولقبهما، وصناعتهما، وموطنهما [1].

فإذا ما تم إنذار الشفيع على الوجه السابق كان عليه أن يبدى رغبته خلال خمسة عشر يوما من تاريخ الإنذار ، ويبدأ الميعاد من اليوم التالى مضافا إليها ميعاد المسافة إن وجد وينتهى باليوم الأخير مالم يصادف عطلة رسمية حيث يمتد إلى أول يوم عمل ، وإلا سقط حقه فى الأخذ بالشفعة ، ويستطيع الشفيع إعلان رغبته متى علم بالبيع ولو لم يتم إنذاره ، ويجوز له رفع الدعوى بعد إيداع الثمن ويعتبر إعلان الصحيفة للدعوى إعلاناً للرغبة .

ويتم إعلان رغبة الشفيع وتوجيهه إلى كل من البائع والمشترى، ولا يغنى إعلان أحدهما ، ولو تعددوا وجب إعلانهم جميعا بالرغبة في خلال المدة القانونية ، وأن يكون الإعلان رسميا على يد محضر ، ولا يغنى أى ورقة أخرى كخطاب مسجل ، ومع ذلك لا يسقط حقه فى طلب الشفعة ولو علم بالبيع ما لم يصله الإنذار الرسمى بحصوله [2].

---

(1) يراجع : الوسيط د / السنهورى 9 / 623 – 939 ، الملكية والحقوق العينية د / محمد كامل مرسى 4 / 276 ، الوجيز فى الحقوق العينية د / محمود ذكى 462 – 464 ، الموجز فى أحكام القانون المدنى د / حسن كيرة 606 – 610 ، حق الملكية د / عبد الناصر العطار 236 ، 237 ، مجموعة أحكام محكمة النقض طعن 1837 لسنة 60 ق نقض مدنى جلسة 3/29/ 1995م .

(2) يراجع : الوسيط د / السنهورى 9 / 623 – 639 ، الموجز فى أحكام القانون المدنى د / حسن كيرة 606 – 612 ، شرح أحكام حق الملكية د / عبد الناصر العطار 235 ، 238 ، مجموعة أحكام محكمة النقض طعن 172 لسنة 54 ق نقض مدنى جلسة 1991/2/14م.

فإذا لم يوجه البائع أو المشترى إنذار رسميا للشفيع بالبيع ، أو كان هذا الإنذار باطلا لعدم استكمال شروطه ، فالشفيع يبقى حقه فى طلب الشفعة خلال أربعة أشهر من يوم تسجيل عقد البيع ، أو من تسجيل حكم صحة ونفاذ عقد البيع ، وإذا لم يسجل العقد ظل حقه فى الأخذ بالشفعة مفتوحا ، ويسقط حقه إذا مضت هذه المدة وقد سجل البيع حتى ولو لم يعلم بالبيع .

فإذا لم يوجه الإنذار إلى الشفيع ولم يسجل عقد البيع ، لا يسقط حقه فى الشفعة إلا بمضى خمسة عشرة سنة من تاريخ البيع ما لم يصدر من الشفيع ما يفيد تنازله عن الشفعة صراحة أو ضمناً [1] .

تسجيل إعلان الرغبة فى الشفعة لكل من البائع والمشترى :

يجب على الشفيع تسجيل إعلان رغبته فى الشفعة ليحتج به على الغير ، وإن كان هذا الأمر ليس ضروريا حيث يستطيع الشفيع ألا يسجل هذا الإعلان ويمضى فى إجراءات الشفعة من إيداع الثمن ورفع الدعوى ليصدر حكم بثبوت حقه فى الشفعة .

ولكنه يعرض نفسه لخطر تصرف المشترى فى العقار" المشفوع فيه " ويصبح نافذا فى حق الشفيع مادام صدر التصرف قبل تسجيل إعلان الرغبة، حتى ولو صدر بعد ذلك حكم يقضى بثبوت الشفعة ، فيجدر به المبادرة بالتسجيل لإعلان رغبته فى مكتب الشهر العقارى الكائن بدائرته العقار المشفوع فيه حتى يأمن تصرفات المشترى التى تصدر بعد التسجيل إذ تصبح غير نافدة فى حقه .

والتسجيل لإعلان الرغبة ليس له وقت وميعاد فيصح فى أى وقت حتى بعد رفع دعوى الشفعة ، ولكنه إذا تأخر عرض نفسه لخطر صدور تصرف من المشترى يكون نافذا فى حقه، فلذا لو باع المشترى العقار المشفوع فيه لمشتر ثان قبل تسجيل

---

(1) يراجع : الموجز فى أحكام القانون المدنى د / حسن كيرة 612 ، 615 ، شرح أحكام حق الملكية د / عبد الناصر العطار 238 – 239 ، الوجيز فى الحقوق العينية د / محمود زكى 468 – 471 ، حق الملكية د / لاشين الغاياتى ص 282 .

إعلان الرغبة فالبيع الثانى نافذ فى حق الشفيع ، ولا يستطيع الأخذ بالشفعة فى هذا البيع ، ولكنه يطلب الشفعة فى البيع الثانى فى مواعيده وشروطه ، فكان من مصلحته المبادرة بتسجيل طلب الرغبة فى الشفعة .

ثانيا : إيداع الثمن :

المرحلة الثانية من مراحل إجراءات الشفعة والواجب على الشفيع اتباعها حتى يستحق تملك العقار المبيع جبرا عن المشترى إيداع الثمن الحقيقى خزانة المحكمة المختصة فى ميعاد محدد وإلا سقط حقه فى الأخذ بالشفعة ، وفى ذلك تقضى الفقرة الثانية من المادة 942 من القانون المدنى .

على أن : " وخلال ثلاثين يوما على الأكثر من تاريخ هذا الإعلان (إعلان الرغبة فى الشفعة) يجب أن يودع خزانة الحكمة الكائن فى دائرتها العقار كل الثمن الحقيقى الذى حصل به البيع مع مراعاة أن يكون هذا الإيداع قبل رفع دعوى الشفعة ، فإن لم يتم الإيداع فى هذا الميعاد على الوجه المتقدم سقط حق الأخذ بالشفعة " [1] .

ومن خلال استعراض هذا النص أوضح ما يجب إيداعه ، ووقته ومكانة ، وجزاء مخالفة هذا الإيداع فيما يلى :

ما يجب إيداعـــه :

يجب على الشفيع أن يودع كل الثمن الحقيقى الذى حصل به البيع دون نقصان والأصل أن الثمن المذكور فى العقد هو الثمن الحقيقى ما لم يقم الدليل على غير ذلك .

---

(1) يراجع : حق الملكية د / عبد المنعم البدراوى 394 ، الملكية والحقوق العينية د / محمد كامل مرسى 4 / 282 ، الموجز فى أحكام القانون المدنى د / حسن كيرة 617 – 619 ، الوجيز فى الحقوق العينية الأصلية د / محمود جمال الدين زكى ص471، مجموعة أحكام محكمة النقض طعن 2554 لسنة 56 ق نقض مدنى جلسة 28/4/ 1991م ، حق الملكية د / لاشين الغاياتى 283 284.

فإن كان الثمن الحقيقى أقل من الثمن المذكور فى العقد ، كان للشفيع أن يودع الثمن المسمى فى العقد ثم يثبت الثمن الحقيقى بكافة طرق الإثبات ، ثم يسترد ما زاد عن الثمن الحقيقى ، وإذا أخفق فى إثبات الثمن الحقيقى فلا خطر عليه .

وللشفيع أن يودع الثمن الحقيقى خزانة المحكمة إذا كان أقل من المسمى فى العقد بشرط أن ينجح فى إثبات ذلك وأن الثمن المسمى صورى ، فإن أخفق فى إثبات ذلك سقط حقه فى الشفعة لعدم إيداعه الثمن الحقيقى .

فلذلك كان من مصلحة الشفيع دائما تجنب المخاطرة بالقيام بإيداع الثمن المسمى فى العقد ثم المنازعة فى حقيقته من بعد ، ولقد ذهبت محكمة النقض فى حكم حديث لها إلى أنه :

" إذا كان الثمن الحقيقى أكثر من المسمى فلا يلزم الشفيع إيداع غير المسمى فى العقد مادام حسن النية لا يعلم صورية الثمن المذكور ولا يلزمه تكملة المسمى إلى الثمن الحقيقى [1].

وذهب بعض فقهاء القانون إلى أنه يكمل الثمن لأنه يحل محل المشترى فى التزاماته فلو أفلح البائع والمشترى فى إثبات أن الثمن المذكور فى العقد أقل من الحقيقى :

قيل : ليس للشفيع أن يتمسك بالثمن الظاهر بل يلزمه الثمن الحقيقى وعليه إيداع الفرق لأنه ليس من الغير .

وقيل : إن الشفيع من الغير ، وللغير أن يتمسك فى الصورية بالعقد الظاهر ، فإن كان الشفيع قد أنذر بالبيع أو تم تسجيل العقد ، فإن علمه بالثمن الحقيقى وهو عادة المذكور فى العقد يكون يسيرا ، أما إذا لم ينذر ولم يتم تسجيل العقد فيكون علمه غير يقينى ، فيصح منه إيداع الثمن الذى يعلم أن البيع قد تم به على أن يكمل

---

(1) يراجع : (طعن رقم 5737 لسنة 62 ق نقض مدنى جلسة 13/1/ 2000) مجلة المحاماة العدد الأول ص 51 (سابق الإشارة إليها) ، مجموعة أحكام محكمة النقض طعن 464 لسنة 55 ق نقض مدنى جلسة 13/3/ 1991م ، طعن 7474 لسنة 65 جلسة 20/1996،11م.

هذا الثمن إلى الثمن المسمى بالعقد عند إطلاعه أو يسترد الزيادة بحسب الأحوال، لأنه معذور بعدم علمه ، وإذا امتنع الشفيع من تكملة الثمن فى هذه الحالة سقط حقه فى الأخذ بالشفعة ، ولا يلتزم بإيداع ملحقات الثمن من مصاريف كرسوم توثيق وسمسرة وأتعاب محاماة ، ولا يمنع ذلك من المطالبة بها فيما بعد [1] .

وقت الإيداع ومكانة :

يجب أن يقوم الشفيع بإيداع الثمن الحقيقى خلال ثلاثين يوما على الأكثر من تاريخ إعلان رغبته بالأخذ بالشفعة مع مراعاة أن يكون هذا الإيداع قبل رفع دعوى الشفعة .

فإذا ما أعلن الشفيع رغبته إلى البائع والمشترى وكان إعلان أحدهما قبل الآخر، فتبدأ مدة الثلاثين يوما من تاريخ إعلان الأخير لا من تاريخ تسجيل الإعلان ، ويبدأ حساب الميعاد من اليوم التالى لتسليم الإعلان ، وينتهى بنهاية اليوم الثلاثين ، ويزاد ميعاد المسافة عند الاقتضاء ، ولو صادف اليوم الأخير عطلة امتد إلى أول يوم عمل بعدها ، وهذه المدة مدة سقوط لا مدة تقادم فلا يرد عليها وقف ولا انقطاع .

وأن يتم الإيداع خزانة المحكمة الكائن بدائرتها العقار المشفوع فيه إذ هى المحكمة المختصة بنظر الدعوى ، ولا يجوز الإيداع فى خزانة محكمة أخرى ، ولا يغنى عن الإيداع استعداد الشفيع بالدفع بل لابد من الإيداع لخزانة المحكمة فعلا[2].

---

(1) يراجع : الوسيط د/ السنهورى 657/9 ، 663، 665 ، الموجز فى أحكام القانون المدنى د / حسن كيرة 620- 624 ، القانون المدنى د / عبد المنعم البدراوى 471، شرح أحكام حق الملكية د / عبد الناصر العطار 240-244 ، الوجيز فى الحقوق العينية د / محمود زكى 474- 477 .

(2) يراجع : الموجز فى أحكام القانون المدنى د / حسن كيرة 624 – 625 ، الوسيط د / السنهورى 9 / 655 ، الوجيز فى الحقوق العينية د / محمود زكى 473 ، شرح أحكام حق الملكية د / عبد الناصر العطار 240 – 243 .

جزاء مخالفة هذا الإيداع :

يترتب على عدم إيداع كل الثمن الحقيقى على الوجه الذى حدده القانون وفى الميعاد المحدد سقوط حق الشفيع فى الشفعة ، ويستطيع كل من البائع والمشترى التمسك بهذا السقوط فى أى حالة كانت عليها الدعوى ، وللمحكمة أن تقضى به من تلقاء نفسها ولو نزل عنه صاحبه لأنها مسألة تتعلق بالنظام العام [1] .

ثالثا : رفع دعوى الشفعة :

المرحلة الثالثة من مراحل إجراءات الشفعة والواجب على الشفيع إتباعها ليصل إلى حقه فى تملك العقار المبيع جبرا عن مشتريه ، رفع دعوى الشفعة وصدور حكم بثبوت الحق فيها ، وفى ذلك تنص المادة 943 مدنى على أن " ترفع دعوى الشفعة على البائع والمشترى أمام المحكمة الكائن فى دائرتها العقار وتقيد بالجدول ويكون كل ذلك فى ميعاد ثلاثين يوما من تاريخ الإعلان المنصوص عليه فى المادة السابقة وإلا سقط الحق فيها ويحكم فى الدعوى على وجه السرعة .

ومن خلال استعراض هذا النص يقتضى بحث المسائل الآتية :

1 – كيفية رفع الدعوى :

المقصود برفع الدعوى الالتجاء إلى القضاء للمطالبة بالحق والحصول على حكم يقرر الحق للمدعى ويلزم المدعى عليه بأداء هذا الحق للمدعى .

ولم يضع المشرع الوضعى ضمن نصوص القانون المدنى قواعد خاصة بكيفية رفع دعوى الشفعة مما يتعين معه الرجوع إلى قواعد المرافعات العلمة ، ولقد حدث

---

(1) يراجع : حق الملكية د / عبد المنعم البدراوى 396 – 397 ، الموجز فى أحكام القانون المدنـــى د / حسن كيرة 625 ، 626 ، الوسيط د / السنهورى 9 / 668 ، شرح أحكام حق الملكية د / عبد الناصر العطار 240 ، الوجيز فى الحقوق العينية د/محمود زكى 478 ، مجموعة أحكام النقض (طعن 1806 س 53 نقض مدنى جلسة 13/3/ 1988) (طعن 342 س 4 ق نقض مدنى جلسة 17/3/ 1988) (طعن 1328 س 48 ق نقض مدنى جلسة 2 / 3 / 1983).

تطور كبير فى كيفية رفع الدعوى عموما انتهى بصدور قانون المرافعات رقم 13 لسنة 1968م .

ونصت المادة 63 الفقرة الأولى منه على أن :

" يتم رفع الدعوى بإيداع صحيفة الدعوى قلم كتاب المحكمة ، ويقيد قلم الكتاب الدعوى فى سجل خاص ويثبت عليها تاريخ الجلسة المحددة لنظرها ، ثم تسلم أصل الصحيفة وصورها إلى قلم المحضرين فى اليوم التالى على الأكثر ليتولى إعلانها إلى المدعى عليه بتكلفه بالحضور إلى المحكمة فى الجلسة المحددة لنظر الدعوى".

فمن خلال هذا النص يتضح أن قيد الدعوى يكون واجبا على قلم كتاب المحكمة إجراؤه فى يوم تقديم صحيفة الدعوى ، وتنتهى مهمة الشفيع بإيداع الصحيفة قلم الكتاب ، ولا يقبل رفع الدعوى إلا بعد إيداع الثمن خزانة المحكمة [1].

2 – الخصوم فى دعوى الشفعة (المدعى – المدعى عليه) :

المدعى فى دعوى الشفعة : هو الشفيع ، وهو الذى يتولى رفع الدعوى ولا يجوز لدائنيه ولا بوكالة عامة رفع هذه الدعوى والمدعى عليه : البائع والمشترى ، وترفع عليهما معا فى الميعاد ولو رفعت على أحدهما فى الميعاد وعلى الأخر بعد الميعاد كانت غير مقبولة ، وإن تعدد البائعون والمشترون رفعت عليهم جميعا .

ويجب اختصام كافة أطراف الدعوى فى جميع مراحل الخصومة ، وإلا كانت الدعوى غير مقبولة ، فيجب اختصام البائع والمشترى وورثة ممن يتوفى منهم ولو تعددوا فى جميع مراحل الدعوى حتى فى الطعن بالنقض [2].

---

(1) يراجع : المبسط فى قانون المرافعات المدنية والتجارية د / عبد الحكم شرف ص 192 ، 204 ط : 1409 هـ – 1989م ، الموجز فى أحكام القانون المدنى د / حسن كيرة 726 ، شرح أحكام حق الملكية د / عبد الناصر العطار 245 ، الوجيز فى الحقوق العينية د / محمود زكى 483 ، 484

(2) يراجع : حق الملكية د / عبد المنعم البدراوى 398 ، 399 ، الموجز فى أحكام القانون المدنى د/حسن كيرة 628 ، الملكية والحقوق العينية د / محمد كامل مرسى 4 / 284 – 286 ، الشفعة فى ضوء أحدث الآراء / مصطفى هرجة 160 ، مجموعة أحكام محكمة النقض السنة السادسة (والأربعون ص 288 (طعن 2045 لسنة 64 ق نقض مدنى جلسة 6/14/ 1995م).

3 – ميعاد رفع الدعوى :

لقد حدد المشرع الوضعى ميعادا لرفع الدعوى ينبغى عدم تجاوزه .

فيجب على الشفيع رفع دعوى الشفعة خلال ثلاثين يوما من تاريخ إعلان الشفيع رغبته فى الأخذ بالشفعة لكل من البائع والمشتري ، والعبرة بالإعلان الأخير، ولا يضاف ميعاد مسافة ، لأنه ليس هناك ما يقتضيه ، لأن رفع الدعوى يتم بالإيداع لا بالإعلان ، وتسرى أحكام ميعاد إيداع الثمن على ميعاد رفع الدعوى ، وهذه المدة مدة سقوط لا مدة تقادم ويجوز التمسك به فى أى حالة كانت عليها الدعوى ، وللمحكمة أن تقضى به من تلقاء نفسها لتعلقه بالنظام العام[1] .

4 – المحكمة المختصة بنظر الدعوى :

المحكمة المختصة بنظر دعوى الشفعة هى المحكمة الكائن فى دائرتها العقار المشفوع فيه ، لأنها دعوى عينيه عقارية ، ويتحدد الاختصاص النوعى للمحكمة – كلية أو جزئية – تبعا لمقدار الثمن الوارد فى عقد البيع وليس بقيمة العقار .

وتختص المحكمة الجزئية إذا كانت قيمة الدعوى لا تجاوز خمسة آلاف جنيه والكلية إذا تجاوز هذا المبلغ (مادة 42 ، 47/ 1 من قانون المرافعات المعدل بالقانون 23 لسنة 1992م) .

فنظر دعوى الشفعة مقصور على المحكمة المختصة نوعيا الكائن فى دائرتها العقار ورفع الدعوى أمام محكمة أخرى يترتب عليه سقوط الحق فى الشفعة ، سواء كانت محكمة غير كائن فى دائرتها العقار، أو يقع فى دائرتها العقار ولكنها غير مختصة نوعياً [2].

---

(1) يراجع : الوسيط د / السنهورى 9 /677 ، الوجيز فى الحقوق العينية د / محمود زكى 481 – 482 شرح أحكام حق الملكية د / عبد الناصر العطار 244 ، الشفعة فى ضوء أحدث الآراء مصطفى هرجة 161 مجموعة أحكام محكمة النقض طعن 1221 لسنة 51 ق نقض مدنى جلسة 15/3/ 1990م

(2) يراجع : الشفعة فى ضوء أحدث الآراء مصطفى هرجة 161 . الوسيط د / السنهورى 9 / 674 ، الموجز فى أحكام القانون المدنى د / حسن كيرة 629 ، 630 ، القانون المدنى د / عبد المنعم البدراوى 474 . الوجيز فى الحقوق العينية الأصلية د/ محمود زكى 486.

5 – جزاء مخالفة أحكام رفع الدعوى :

لقد رتب المشرع الوضعى جزاء مخالفة الأحكام الخاصة التى أوردها فى شأن رفع الدعوى بسقوط حق الشفيع فى الأخذ بالشفعة ، وبناءا على ذلك يسقط حق الشفيع إذا رفع الدعوى بعد الميعاد ، أو فى الميعاد .ولكنه اختصم البائع دون المشترى ، أو العكس ، أو البعض دون البعض عند التعدد ، أو رفع الدعوى لغير المحكمة المختصة ، وهذا السقوط أمر متعلق بالنظام العام فيجوز التمسك به فى أى حالة كانت عليها الدعوى ، وتحكم به المحكمة من تلقاء نفسها إذا لم يتمسك به ، بل ولو نزل عنه صاحبه فى التمسك به (1).

فإذا ثبت الحق فى الشفعة ، وتوافرت شروطها ، واتبعت الإجراءات السابقة ، تملك الشفيع العقار المبيع جبرا عن المشترى بموجب حكم من القضاء ، ويعتبر عقداً حقيقا حلت فيه سلطة القضاء محل الإرادة ، فلذا كان من الواجب بيان بعض الأحكام المتعلقة بالشفعة من وقت انتقال الملكية وتصرف المشترى وحلول الشفيع محل المشترى فيما يلى :

بعض الأحكام المتعلقة بالشفعة :

رأيت تتميما لكيفية التملك الجبرى بالشفعة أن أوضح بعض الأحكام المتعلقة بها من وقت انتقال ملكية العقار المشفوع فيه إلى الشفيع ، وحلول الشفيع محل المشترى ، وتصرفات المشترى فى العقار المبيع وذلك فيما يلى :

1 – انتقال ملكية العقار المشفوع فيه إلى الشفيع :

نصت المادة 944 من القانون المدنى على أن : " الحكم الذى يصدر نهائيا بثبوت الشفعة يعتبر سند الملكية للشفيع دون إخلال بالقواعد المتعلقة بالتسجيل " .

فلقد وضع المشرع الوضعى لدعوى الشفعة إجراءات خاصة وحدد لها مواعيد معينة فإذا ما راعاها الشفيع وتوافرت شروطها، انتهى ذلك إلى حكم يقضى بثبوت

---

(1) يراجع : الوجيز فى الحقوق العينية د / محمود زكى 478 – 484 ، الموجز فى أحكام القانون المدنى د / حسن كيره 631 – 632، شرح أحكام حق الملكية د / عبد الناصر العطار 243، 245.

حقه فى الشفعة ، وتنتج الشفعة أثرها المباشر فى حلول الشفيع محل المشترى، ومتى تم تسجيل هذا الحكم أصبح الشفيع مالكا للعقار " المشفوع فيه "، إلا أنه قد ثار خلاف بين فقهاء القانون حول تحديد الوقت الذى تنتقل فيه الملكية إلى الشفيع :

فذهب البعض إلى أن : الملكية تنتقل من وقت البيع وتتحول الصفقة بين البائع والشفيع منذ أن وجدت ، ويخرج المشترى من الصفقة كأنها لم تنعقد له أصلا ، وينتج البيع أثره فيما بين البائع والشفيع [1] .

ويذهب الرأى الراجح فى الفقه والقانون والقضاء إلى أن : الشفيع يحل محل المشترى ويتملك المشفوع فيه من وقت الحكم نهائيا بثبوت حقه فى الشفعة ومن وقت تسجيله لأن هذا الحكم منشئ لحق الشفيع لا كاشف عنه وناقل للملكية .

فلذا كان حكم الشفعة فى نظر المشرع الوضعى حسب نص المادة سالفة الذكر هو سبب ملكية الشفيع ومنشأها ، ولا يصير المشفوع فيه إلى ملكية الشفيع إلا بعد هذا الحكم ، أما قبله فلا ، لأن السبب لا يوجد قبل سببه ، وما جعله المشرع الوضعى من الأحكام منشأ للحقوق لا ينسحب على الماضى [2].

ومع ذلك لا يخول انتقال الملكية للشفيع طرد المستأجر للعقار الذى كان يستأجره قبل الشراء [3] .

---

(1) يراجع : شرح أحكام حق الملكية د / عبد الناصر العطار 252 ، 253 .

(2) يراجع : الوسيط د / السنهورى 9/ 701 – 717 ، حق الملكية د / عبد المنعم البدراوى 408 . وما بعدها ، الملكية والحقوق العينية د / محمد كامل مرسى 4 / 388 ، الوجيز فى الحقوق العينية د / محمود زكى 487 – 493 ، مجموعة أحكام النقض 5 / 220 ، طعن رقم 103 جلسة (31 /10/ 1946) طعن 88 جلسة (14/11/ 1957) س 8 ص 798 ، طعن 224 لسنة 58 ق نقض مدنى جلسة 23/5/ 1995م .

(3) يراجع : مجلة المحاماة العدد الأول سنة 2000 ص 51 (طعن رقم 669 لسنة 63 ق جلسة 2 /5/ 2000) .

2 – حلول الشفيع محل المشترى :

نصت المادة 945 من القانون المدنى على أنه :

1 – يحل الشفيع قبل البائع محل المشترى فى جميع حقوقه والتزاماته .

2 – وإنما لا يحق له الانتفاع بالأجل الممنوح للمشترى فى دفع الثمن إلا برضا البائع.

3 – وإذا استحق العقار للغير بعد أخذه بالشفعة فليس للشفيع أن يرجع إلا على البائع.

ومن خلال هذا النص يتبين أن العقد الذى ينتقل به الملكية إلى الشفيع لا ينفسخ بالحكم الصادر فى دعوى الشفعة ، وإنما تتحول الالتزامات والحقوق التى قد ترتبت على هذا العقد من ذمة المشترى إلى ذمة الشفيع .

فيحل الشفيع قبل البائع محل المشترى فى جميع الحقوق والالتزامات من تاريخ التراضى أو الحكم بثبوت الشفعة ، فيلتزم البائع بنقل ملكية المبيع إلى الشفيع كتقديم المستندات الدالة على الملكية والتوقيع أمام الجهات المختصة على نقل الملكية ، وكذلك يلتزم بتسليم العقار المشفوع فيه إلى الشفيع إذا لم يكن قد سلمه إلى المشترى، وإذا هلك فى يده فضمانه عليه ويرد الثمن إلى الشفيع إن كان قد تسلمه أو نقصت قيمته ، ويلتزم الشفيع بدفع الثمن للبائع إذا لم يكن قد دفعه إلى المشترى إذا ثبتت الشفعة بالتراضى، وإن ثبتت بالتقاضي فيتسلمه البائع من خزانة المحكمة[1] .

ويلتزم الشفيع بدفع الثمن فورا ولو كان متفقا على تأجيله أو تقسيطه للمشترى، لأنه لا يحق للشفيع أن ينتفع بالأجل الممنوح للمشترى إلا برضا البائع ، لأن الأجل قد يكون لاعتبارات شخصية بين البائع والمشترى والثقة فى المشترى ، وقد يرضى

(1) يراجع : الوسيط د / السنهورى 738/9 ، حق الملكية د / عبد المنعم البدراوى 401 وما بعدها.

البائع بمنح الأجل للمشترى ولا يرضى لغيره، وإن كان المشترى قد دفع الثمن إلى البائع فيكون حقا للمشترى.

ويلتزم الشفيع قبل المشترى بتعويضه عن المصروفات الضرورية كرسوم التسجيل والتصديق، والسمسرة ، والنفقات النافعة التى أنفقها قبل الأخذ بالشفعة ، كطلاء البناء إن كان حسن النية ، ويعتبر كذلك إذا كان هذا الإنفاق قبل إعلان الرغبة ، ويعتبر سيء النية إذا أنفق بعد إعلان الرغبة ولا يستحقها .

وما أخذه المشترى من ثمار وزروع قبل إعلان الشفيع رغبته فهى له، لأنه حسن النية ولو استحق العقار المبيع للغير بعد أخذه بالشفعة ، فلا يرجع الشفيع على المشترى وإنما يرجع على البائع ، لأن البائع يلتزم بضمان تعرضه الشخصي المادى والقانونى وضمان الاستحقاق ، والعيوب الخفية ، ويلتزم البائع للشفيع كما كان يلتزم للمشترى، لأنه يحل محل المشترى فى جميع الحقوق قبل البائع ، ولو تسلم المشترى العقار التزم بتسليمه إلى الشفيع وإذا هلك فى يده هلك عليه ، ولا يلتزم برد ثمار العقار وغلته إلا بعد صدور حكم نهائى بثبوت الشفعة وقبل ذلك فهى من حقه وحده [1] .

3 – تصرفات المشترى فى العقار المشفوع فيه :

قد يقع من المشترى تصرف فى العقار المشفوع فيه وقد يكون هذا التصرف ماديا وقد يكون قانونيا :

أ – التصرفات المادية :

تقضى المادة 946 من القانون المدنى على أنه :

1 – إذا بنى المشترى فى العقار المشفوع فيه أو غرس فيه أشجارا قبل إعلان الرغبة فى الشفعة كان الشفيع ملزما تبعا لما يختاره المشترى أن يدفع له إما المبلغ الذى أنفقه أو مقدار ما زاد فى قيمة العقار بسبب البناء أو الغراس .

---

(1) الوجيز فى الحقوق العينية الأصلية د / محمود زكى 494 – 501 ، شرح لحكام حق الملكية د/ عبد الناصر العطار 250 ، 253 ، الملكية والحقوق العينية د / محمد كامل مرسى 4/ 338 – 348.

2 – وأما إذا حصل البناء أو الغراس بعد إعلان الرغبة فى الشفعة كان للشفيع أن يطلب الإزالة ، فإذا اختار أن يستبقى البناء أو الغراس فلا يلتزم إلا بدفع قيمة أدوات البناء وأجرة العمل أو نفقات الغراس " [1].

ومن خلال هذا النص يتضح أن المشرع الوضعى قد عامل المشترى معاملة طيبة لا بأس بها فى كلتا الحالتين ، **ففى الحالة الأولى : جعل له الخيار بين أن يطالب الشفيع بالمبلغ الذى أنفقه فى البناء أو الغراس ، أو ما زاد فى قيمة العقار بسببهما ، فللمشترى أن يقتضى أكبر القيمتين : قدر ما أنفقه ، أو قدر ما زاد فى قيمة العقار بسبب ما أنفقه .**

وفى الحالة الثانية : إذا بنى أو غرس بعد إعلان الرغبة فقد عامله المشرع الوضعى معاملة تفضل معاملة البانى فى ملك غيره بسوء نية ، حيث يكون لصاحب الأرض الخيار بين استبقاء المنشأت ودفع قيمتها مستحقة الإزالة ، أو دفع مبلغ يساوى ما زاد فى ثمن الأرض .

أما هنا : فالشفيع بالخيار بين الإزالة وإعادة العقار إلى ما كان عليه على نفقة المشترى مع التعويض إن كان له وجه ، وبين استبقاء البناء والغراس مع دفع قيمة أدوات البناء وأجرة العمل ونفقات الغراس ، ففى الالتصاق الخيار لمالك الأرض لا للبانى والمشترى فى الواقع لا يعد بانيا أو غارسا فى أرض غيره بل بنى وغرس فى ملكه .

ب – التصرفات القانونية :

تنص المادة 947 من القانون المدنى على أنه : " لا يسرى فى حق الشفيع أى رهن رسمى أو حق اختصاص أخذ ضد المشترى ولا أى بيع صدر عن المشترى ولا أى حق عينى رتبه أو ترتب ضده إذا كان ذلك كله قد تم بعد التاريخ الذى

---

(1) يراجع : الوسيط د / السنهورى 9 / 765، شرح أحكام حق الملكية د / عبد الناصر العطار 251 الوجيز فى الحقوق العينية الأصلية د / محمود زكى 498 ، 499

سجل فيه إعلان الرغبة فى الشفعة ، ويبقى مع ذلك للدائنين المقيدين ما كان لهم من حقوق الأولوية فيما آل للمشترى من ثمار العقار " .

ويستفاد من هذا النص أن المشترى إذا تصرف فى العقار المشفوع فيه قبل تسجيل إعلان الرغبة بالبيع أو بغيره أو رتب حقا عليه كرهن ، أو ارتفاق وقيد أو سجل ، فتصرفه صحيح ويكون نافذا فى مواجهة الشفيع ، لأن الحق ترتب على عقار يملكه المشترى فيجوز له البيع والهبة ، وليس للشفيع إلا أن يرجع عليه ويطعن بالصورية .

أما إذا تمت هذه التصرفات ، أو ترتبت على العقار حقوق بعد تسجيل إعلان الرغبة، فلا تسرى على الشفيع ، ويستمر فى طلب الشفعة ويخلص العقار له خاليا من أى حقوق ، وليس للدائنين المقيدين حقهم تتبع العقار فى يد الشفيع ، ولكن لهم ميزة الأولوية على الثمن الذى استحقه المشترى ، وكذا لا يحتج بالبيع فى مواجهة الشفيع [1] .

---

(1) يراجع : الوسيط د / السنهورى 9 / 779 ، 781 ، الوجيز فى الحقوق العينية الأصلية د / محمود زكى 503 ، 504 ، شرح أحكام حق الملكية د / عبد الناصر العطار 201 – 204.

المطلب الثالث

الموازنة بين موقف الفقه الإسلامى والقانون الوضعى من كيفية التملك الجبرى بالشفعة

بعد بيان موقف الفقه الإسلامى والقانون الوضعى فى هذه المسألة يتضح ما يلى :

1 – لقد تبين أن القانون الوضعى يوجب على الشفيع لكى يتملك المبيع المشفوع فيه أن يعلن رغبته فى الشفعة إلى كل من البائع والمشترى وهو بذلك يتفق مع الفقه الإسلامى .

لأن ذلك يقابل طلب المواثبة والتقرير والإشهاد ، إلا أن الأمر فى الإجراءات قد يختلف اختلافا يسيرا وما ذلك إلا لمناسبة كل عصر ، فقديما كان المجتمع صغيرا يستطيع الجار أن يعلم بتصرف جاره فى العقار ، فيكفى أن يظهر رغبته بما يسمى طلب المواثبة والتقرير والإشهاد ، أما فى العصر الحاضر : وقد اتسع نطاق المجتمع ولا يعلم الجار غالبا بتصرفات جاره ، فمن هنا تطلب القانون أن ينذر البائع أو المشترى الشفيع إنذارا رسميا ، وأن يعطى مهلة لإعلان رغبته ، وأن يسجل هذا الإعلان للاحتجاج به على الغير ، وكل ذلك لا يتنافى مع روح الفقه الإسلامى ، وإن كان القانون الوضعى قد أعطى مهلة للشفيع تبلغ أسبوعين لإعلان رغبته ، هذا وإن كان معقولا إلا أنه لا يتفق مع التضييق الذي ابتغاه المشرع الوضعى من وضع الشفعة ، ومع ذلك فقد ذهب بعض الفقهاء المسلمين إلى إعطاء مهلة للشفيع لإعلان رغبته قد تصل إلى ثمانين سنة (الظاهرية ، وبعض الشافعية، وبعض الإمامية) .

2 – لقد وافق القانون الوضعى بعض الفقهاء المسلمين فى إيجاب إيداع الشفيع ثمن المبيع ، وهذا يتفق مع ما يقتضيه العصر الحاضر من نظام الإيداع بخزانة المحكمة حفاظا على حقوق الخصوم فى الدعوى ، لأن القضاء بالشفعة قبل إحضار الثمن يتضمن ضررا بالمشترى لاحتمال إفلاس الشفيع .

3 – لقد وافق القانون الوضعى ما ذهب إليه بعض الفقهاء " زفر وأبو يوسف ومحمد بن الحسن " من وجوب رفع الدعوى أو طلب الخصومة والتملك خلال ثلاثين يوما من تاريخ إعلان الرغبة لمراعاة مصلحة المشترى والشفيع أيضا [1].

4 – لقد اتفق القانون الوضعى مع ما ذهب إليه فقهاء الحنفية ومن وافقهم من أن الشفيع لا يستفيد بالأجل الممنوح للمشترى إلا برضا البائع .

5 – لقد اختلف الفقه الوضعى فى وقت التملك كما اختلف فيه بين الفقه الإسلامى والراجح أنه من وقت الحكم لا من وقت الطلب ، ولا من وقت البيع ، لأن وقت الحكم هو المنشأ لحق الشفيع .

6 – لقد وافق القانون الوضعى ما ذهب إليه أبو حنيفة فى حال البناء والغراس بعد طلب الشفعة ، لأنه أقدم على الغراس والبناء وهو يعلم أن العين ستؤخذ منه فإن كلف القلع والهدم فهو الجانى على نفسه ، وأخذ القانون الوضعى برأى الجمهور إن كان البناء والغراس قبل الطلب ، لأنه يتصرف فى ملكه والمشترى غير متوقع لطلب الشفعة ، فيكون الخيار له فى القلع وعدمه أو أخذ قيمة ما زاد بسببه فى قيمة العقار .

من خلال ما سبق يتضح أنه قد لا يكون هناك اختلافا بين الفقه الإسلامى والقانون الوضعى ولم لا وقد استمدت أحكام الشفعة من الشريعة الإسلامية ....

" هذا والله أعلم "

---

(1) يراجع : شرح أحكام حق الملكية د / عبد الناصر العطار 248 ، الأموال ونظرية العقد د / محمد يوسف موسى 210 ، الملكية والحقوق العينية د / محمد كامل مرسى 4 / 284.

فَهْرِسُ المَوضُوعَاتِ

الموضوع	الصفحة

الموضوع	الصفحة

الموضوع **الصفحة**

الموضوع **الصفحة**

الموضوع	الصفحة

الموضوع **الصفحة**




سنة النشر
2011
رقم الإيداع
21989
الترقيم الدولى I.S.B.N
978 – 977 – 386 – 364 – 1



المركز الرئيسى : مصر ـ المحلة الكبرى ـ السبع بنات ـ 24 شارع عدلى يكن

هاتف : 0020402224682 فاكس : 0020402220395 محمول : 0020123161984

الفروع : القاهرة ـ 38 شارع عبد الخالق ثروت ـ الدور الثالث

هاتف : 002023958860 فاكس : 0020223911044 محمول : 0020122212067

المطابع : مصر ـ المحلة الكبرى ـ السبع بنات ـ 57 شارع رشدى

هاتف : 0020402227367 فاكس : 0020402220395 محمول : 0020169861486



www.darshatat.com



info@darshatat.com



